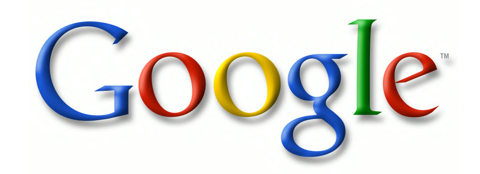



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 074 006 891



Herrn Professor Dr. E. Landsberg
in Verehrung überreicht
vom Verfasser.
Charlottenburg, Mai 1904
Schlüterstr. 57

Sammlung Göschen

Allgemeine Rechtslehre

Von

Dr. Theodor Sternberg

Erster Teil

Die Methode

Leipzig
G. J. Göschen'sche Verlagshandlung
1904

Spamersche Buchdruckerei, Leipzig.

Inhalt.

Einleitung.

Das Recht als Tatsache des menschlichen Geisteslebens.

§ 1. Wesen und Funktion des Rechts.

§ 2. Das Gelten des Rechts und seine Gründe. (Lehre von den Rechtsquellen.)

Zweiter Abschnitt.

Die Entwickelung des Rechts der zivilisierten Welt.

(Römische und deutsche Rechtsgeschichte.)

II. Buch.

Die Rechtswissenschaft.

§ 12. Die Jurisprudenz.

§ 13. Die Rechtsphilosophie.

A. Aufgabe und System der Rechtsphilosophie.

Literaturverzeichnis,

abgeschlossen 1. Januar 1903.

1. Allgemeine Rechtslehre und Rechtsphilosophie.

(Nebst Enzyklopädien.)

Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 2 Bde. 1877. 1883. — Bierling, Juristische Prinzipienlehre. 2 Bde. 1894. 1898. — Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901. — *) Dahn, Felix, Über den Begriff des Rechts.

Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie. Breslauer Rektoratsrede. 1895. — *) Gareis, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1900. — Gierke, Der Humor im Deutschen Recht. 2. Aufl. 1886. — v. Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Erster, systematischer Teil. Mehrere Auflagen. 6. mit neuen Mitarbeitern v. Kohler. 1902. Zweiter Teil: Rechtslexikon. — *) † Jhering, Rudolf v., (spr. Jering), Der Zweck im Recht. 2 Bde. 3. Aufl. 1893. 1898. — Jellinek, Georg, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892. — *) Kohler, Josef, Einführung in die Rechtswissenschaft. 1902. — † Merkel, Adolf, Juristische Enzyklopädie. 2. Aufl. 1900. — Stammler, Rudolf, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 1896. — Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902. — *) Stammler, Die Gesetzmäßigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft. 1902. — Gierke, Otto, Das Deutsche Genossenschaftsrecht. 3. Bde. 1868 bis 1881. — Lasson, System der Rechtsphilosophie. 1892. — *) Jhering, Der Kampf ums Recht. Viele Auflagen. — Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878. — A. Lobe in H. Meyers „Deutschem Volkstum".

2. Rechtsgeschichte.

Brunner, Heinrich, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1901. — v. Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 3. Bde. Mehrere Auflagen. — Schröder, Richard, Deutsche Rechtsgeschichte. 4. Auflage. 1903. — *) Sohm, Rudolf, Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts. 8. und 9. Auflage. 1899. — Jhering, Das Schuldmoment im römischen Recht. 1867.

3. Vergleichende Rechtswissenschaft.

*) Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.

Die mit Sternchen *) bezeichneten Werke sind leicht verständlich und zur Einführung für Anfänger besonders geeignet.

Einleitung.

Das Recht als Tatsache des menschlichen Geisteslebens.

„Sich der Autorität hinzugeben und zu unterwerfen, ist des freien Geistes nicht unwürdig. Was aber der freie Geist sich vorbehalten muß, zumal in der Wissenschaft, ist, die Autorität in dem Grade ihrer Notwendigkeit zu wissen und zu erkennen."
Marheineke.

§ 1. Wesen und Funktion des Rechts.

1. Es sind zwei verschiedene Reihen von Tatsachen, welche die Gegenstände der Wissenschaften ausmachen. Den Tatsachen der Natur treten die Tatsachen des menschlichen Geisteslebens (der Kultur) gegenüber. Und wie sich die Naturtatsachen in solche der anorganischen und der organischen Natur und alsdann weiter bis in mannigfache Verzweigungen gliedern, so teilen sich auch die Tatsachen des geistigen Lebens in vielfältiger Richtung: Sprache, Literatur, Kunst, Wissenschaft, Religion, Sittlichkeit[1]) usw. In ihren Bereich ordnet sich, eine eigene Fülle von Tatsachen des geistigen Lebens umspannend, auch das Recht ein[2]). Die Wissenschaft

---

[1]) Wir nennen diese und ähnliche Begriffe mit W. Dilthey „Kultursysteme".

[2]) Außer dieser, von J. St. Mill herrührenden Einteilung der Wissenschaften in Natur- und Geisteswissenschaften [H. Rickert: Natur- und Kulturwissensch.] ist von größter Wichtigkeit, zumal für die richtige Würdigung des Wesens der Jurisprudenz, die durch Kant endgültig festgestellte in theoretische und praktische Wissenschaft. Erstere ist das Wissen vom Sein, vom Naturgeschehen, letztere das vom Sollen, vom Moralischen. Auf dem Gebiet des Naturgeschehens herrscht die (kausale) Notwendigkeit, auf dem des Sollens die Freiheit. Der Mensch ist als

vom Recht hat diese Tatsachen des näheren zu erkunden, wie etwa die Botanik die Tatsachen des pflanzlichen Daseins zu erkunden hat. Sie hat die Funktionen des Rechts im einzelnen und allgemeinen zu erklären, so wie die Medizin über die Funktionen des menschlichen Organismus belehrt. Eine erste allgemeine Einsicht in die Funktionen des Rechts, auf deren Grund die weiteren, spezielleren Einsichten zu erlangen sind, ist seine bereits den frühesten Stadien wissenschaftlicher Reflexion über das Recht geläufige Würdigung als der *zwingenden Friedensordnung* unter den Menschen.

2. Das Zusammenleben der Menschen bedingt unzählige Kollisionen zwischen den Interessen der einzelnen. Wollte nun ein jeder den seinigen schrankenlos nachgehen, so wäre seiner Eingriffe in die Interessen anderer kein Ende. In der hieraus resultierenden Form des *Krieges aller gegen alle* tritt jedoch der Kampf ums Dasein nie und nirgends auf. Durch *Normen*, d. h. *zwangskräftige Regeln*, werden bestimmte Interessenobjekte, nämlich Leben, Gesundheit (und körperliche Integrität überhaupt), Freiheit, Ehre und Vermögen gegen Verletzung durch menschliche Handlungen gesichert. *Recht ist Interessenschutz* (Jhering). Indem die *Rechtsordnung*

Naturwesen der Notwendigkeit vollständig unterworfen, und gehören alle Einwände hiergegen ins Gebiet der Mythe. Als moralisches Wesen hingegen ist er frei, und beruht jede Bestreitung dieser Freiheit auf unzulässiger Hineinmengung theoretischer Gesichtspunkte ins Gebiet des Praktischen. Die theoretischen Urteile sind Aussagen, die praktischen Imperative. Auch die den beiden Gebieten angehörigen Begriffe sind als theoretische und praktische streng zu sondern. Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft und zwar die älteste und zugleich diejenige, welche die beste formelle Ausgestaltung besitzt. Ihre sämtlichen Begriffe, auch so grundlegende, allgemeine und über das Gebiet der bloßen Rechtswissenschaft hinauszielende wie etwa *Persönlichkeit* (II S. 48) und *Handlung* (II S. 135) sind als rein praktische zu handhaben, ein Grundsatz, dessen Vernachlässigung noch heute vielfach Verwirrung zeitigt. — Neben der theoretischen und praktischen geht noch die ästhetisch-teleologische Erkenntnis einher. Wichtige Anwendungen dieser Einteilung siehe S. 161.

oder, wie man dafür auch sagt, das objektive Recht (die Summe der Rechtssätze) einem Interesse ihren Schutz gewährt, stempelt sie dasselbe zum Rechtsgut; sie grenzt die Befugnisse oder subjektiven Rechte der einzelnen Rechtsgenossen — d. h. derjenigen Personen, welche an der Rechtsordnung teilhaben (ihr unterworfen sind und ihre Vorteile genießen) — ausgleichend gegeneinander ab.

Der Begriff des subjektiven Rechtes geht über den des Rechtsguts hinaus. „Rechtsgut ist rechtlich geschütztes Interesse", nicht weniger, aber auch nicht mehr. Daß ein Interesse geschützt ist, bedeutet noch nicht, daß sein Träger es auch selbständig geltend machen kann, wie ja z. B. auch Interessen von Tieren bei der Rechtsordnung Schutz finden. (Bestrafung der Tierquälerei.) Wo ein Interesse von seinem Träger geltend gemacht werden kann, da liegt ein subjektives Recht vor: „Das Wesen des subjektiven Rechtes ist Macht."

3. Interessiert ist der Mensch an allem, wessen er bedarf. Der Begriff des Interesses deckt sich mit dem des Bedürfnisses (im weitesten Sinne). Zwar der Sprachgebrauch fügt sich nicht ohne Zwang der beliebigen Ersetzung des einen Begriffs durch den anderen, aber ein sachlicher Unterschied ist kaum aufzufinden. Die auf Befriedigung der Bedürfnisse (mittels Erwerbes und Genusses von Gütern) gerichtete menschliche Tätigkeit heißt Wirtschaft[1]), und zwar erscheint dieselbe infolge des Zusammenlebens der Menschen und des in diesem gegebenen Verkehrs durchgängig als soziale Wirtschaft. Interessen schützen ist nichts anderes als der Bedürfnisbefriedigung der einzelnen Schranken setzen, die soziale Wirtschaft in Regeln schlagen. „Recht und Wirtschaft

[1]) Fuchs, Volkswirtschaftslehre, Samml. Göschen, Bd. 133.

stehen zu einander im Verhältnis von Regel und Geregeltem", sie setzen einander wechselseitig voraus, die Existenz des einen ist von der der anderen unzertrennlich. Das Recht, dessen Wesen darin besteht, daß es die Bedürfnisbefriedigung regelt, schwebt unfaßbar in der Luft, wenn es nicht auf die der Bedürfnisbefriedigung dienende Tätigkeit, die Wirtschaft, bezogen wird, und der Verkehr im Wirtschaftsleben wiederum kann nicht anders vor sich gehen denn nach Regeln. Der einfache wirtschaftliche Vorgang des Austauschs zweier Güter, wie er heutzutage hauptsächlich im Kaufe einer Ware gegen Geld sich vollzieht, ist ohne Rechtsbeziehungen undenkbar und unbeschreibbar. Da müssen die Parteien Eigentum oder sonst ein Recht besitzen, welches ihnen über die auszutauschenden Güter Verfügungsmacht gibt. Sie müssen ferner nach Abschluß des Vertrages das Recht besitzen, ein jeder den Anspruch auf Gegenleistung des anderen geltend zu machen und durchzusetzen. Man sieht, daß die Rechtsordnung nicht bloß begrifflich, sondern auch in ihrer historischen Erscheinung an die jeweilige Gestaltung der sozialen Wirtschaft fest gebunden ist, und umgekehrt: eine solche Rechtsordnung, die privates Eigentum kennt, und solche, die es nicht kennt, eine solche, die sicheren und ausgedehnten Vertragsschutz gewährt, und eine, die dies nicht tut, eine solche, die die Sklaverei sanktioniert, und eine, die nur freie Arbeit zuläßt, sind nur mit gänzlich verschiedenen Wirtschaftszuständen vereinbar, oder vielmehr, stellen selber ganz verschiedene Wirtschaftsordnungen dar. Das Recht, die abstrakten Sätze, erscheint als die Form (des sozialen Lebens), in der die konkreten Wirtschaftserscheinungen, die man dann entsprechend als die Materie (des sozialen Lebens) bezeichnen kann, auftreten. Alle diese Tatsachen, welche in

Redewendungen wie etwa: „Die Materie des Kaufs, des Eigentums, des Hypothekenwesens, der Vormundschaft usw. sind vom B. G. B. in folgender Form geregelt worden" schon früher ihren Widerhall fanden, sind von R. Stammler ermittelt (vgl. Literaturverzeichnis) und — nicht ganz glücklich — als „Monismus des sozialen Lebens" bezeichnet worden. Den Angelpunkt der Lehre bildet der Satz vom Verhältnis von Recht und Wirtschaft als Regel und Geregeltem, als Form und Materie des sozialen Lebens.

Die engen Beziehungen zwischen Wirtschaft und Recht waren zwar auch vorher schon bekannt, aber noch nicht genau ihrer Natur nach festgestellt, und hieraus entsprangen, insbesondere auf dem Gebiet der Methode, folgenschwere Irrtümer. Viele Theoretiker der Wirtschaftswissenschaft (Volkswirtschaftslehre, Nationalökonomie, politische Ökonomie) z. B. gingen davon aus, die Wirtschaft eines einzelnen Menschen zu beschreiben, um so die Basis für die Beschreibung der sozialen Wirtschaft zu gewinnen. Daß diese ihr eigentliches Thema, übersahen sie nie. Aber sie übersahen den methodologischen Abgrund, der zwischen beiden klafft. Abgesehen davon, daß die aus allem sozialen Leben herausgerissene Wirtschaft eines einzelnen, die Robinsonwirtschaft, in der Wirklichkeit normalerweise nicht vorkommt, bietet die Betrachtung einer solchen nur ein naturwissenschaftlich-technologisches Interesse. Auf die Fragen, wie des einzelnen Bedürfnisse befriedigt werden, antworten Jagd- und Fischereikunde, Agronomie, die zu den Handwerken gehörigen Kenntnisse, die Baukonstruktionslehre in Architektur, Schiffbau, Maschinenbau usw. Von diesen Dingen führt so gut wie keine Brücke hinüber zu den Angelegenheiten der Volkswirtschaftslehre, denn diese befaßt sich mit Erscheinungen, die nur durch

das Zusammenleben der Menschen überhaupt gegeben sind, wie z. B. mit dem Güterwert, dem Gelde, dem Kredit, dem Handel, den Unternehmungsformen, den gesellschaftlichen Klassen u. a. m., sie ist eine soziale Wissenschaft und kann von vorn herein nur auf sozialer Basis angebaut werden. Und ebenso steht es beim Recht. Falsch wäre es, zwecks Begreifung der Rechtsnormen bei den Verpflichtungen anfangen zu wollen, die etwa der einzelne in seiner Seele verspürt; die Rechtsnormen müssen von vornherein als soziale Normen erfaßt werden, d. h. als solche, die innerhalb einer Gemeinschaft für alle verbindlich gelten.

4. Wir verfuhren bisher insofern ungenau, als das Recht die Aufgabe, Interessen zu schützen bezw. die Bedürfnisbefriedigung zu regeln, nicht allein erfüllt. Es steht dabei allerdings so sehr in erster Reihe, daß wir immerhin unsere Deduktionen ohne Fehlschluß durchführen konnten, aber es gibt auch zwei Systeme oder besser Gruppen, Kreise (vgl. weiter unten) nichtrechtlicher sozialer Normen (Stammler: „Konventionalregeln"): Moral (Sittlichkeit) und Sitte. Die nähere Bestimmung ihres Verhältnisses zum Recht ist nicht leicht.

a. Landläufig ist die Bestimmung, daß das Recht die Tat, die Moral die Gesinnung zum Gegenstande habe.

b. Auch die Annahme, daß das Recht das „ethische Minimum" darstelle (Jellinek 1878, vorher schon sehr ähnlich andere) erfreut sich weiter Verbreitung.

Beide Sätze jedoch wollen nur über Recht und Moral, nicht über die Sitte etwas aussagen; zudem ist der erste ganz schief[1]), der zweite gilt nicht ausnahmslos.

[1]) Die Gegenüberstellung: rechtliche (bezw. widerrechtliche) Tat auf der einen, moralische (bezw. unmoralische) Gesinnung auf der andern Seite, wie sie durch das landläufige Stigma bedingt wird, ist völlig irrtümlich.

c. Gut ist das Kriterium Stammlers, daß das Recht zwingend bestimme, wer ihm unterworfen sei, die Konventionalregeln aber nicht. Wir werden dasselbe noch zu verwenden haben.

d. Wir stellen folgendes fest: die Unterschiede liegen in der (bei den verschiedenen Normengruppen verschiedenen) Psychologie des Zwangsbewußtseins. Jedermann sieht durch Selbstbeobachtung leicht ein, daß er sich durch Recht, Moral und Sitte in verschiedener Weise gezwungen fühlt. Das gesunde Gefühl reagiert auch dagegen, wenn die Unterschiede verwischt werden, wenn z. B. jemand bloße Sittenregeln verficht, als hätten sie die Bedeutung von Normen der Sittlichkeit oder Rechtssätzen. Keime dieser Theorie kann man angedeutet finden in dem Satze Jellineks: „Recht ist, was nach allgemeiner Überzeugung rechtliche Geltung hat", wiewohl er eigentlich auf die Frage hin ausgesprochen ist, wodurch es sich bestimme, was Rechtens sei, und in der anarchistischen Lehre. Die Anarchisten empfinden das Wesen des Rechtzwangs, dem eine just die edelsten Regungen der Menschenseele oft kränkende Schablonisierung bis zu einem gewissen Grade untrennbar anhaftet, als brutal und unerträglich. Wohl jeder, nicht zuletzt, wer selbst an der Ausübung der Rechtspflege beteiligt, hat diese Empfindung einmal

---

Gegenstand der rechtlichen wie der moralischen Beurteilung sind übereinstimmend in erster Linie Handlungen, in zweiter Linie Gesinnungen. Es gibt rechtliche (bezw. widerrechtl.) Gesinnungen so gut wie moralische (bezw. unmoralische) Handlungen. Der Begriff der Handlung ist gleichermaßen in Recht und Moral in der Willensbetätigung gegeben. In Nichtbeachtung dieser Tatsachen nimmt noch Stammler die Moral nicht für eine Gruppe der sozialen Normen, sondern für individuelle Gewissenssache. — Ganz falsch (und veraltet) ist die Ansicht, daß das Recht sich durch das Moment des äußeren Zwanges von den anderen Normengruppen abhebe. Wie oft werden namentlich Kinder durch solchen (insbesondere fühlbarer physischer Natur) zur Befolgung von Regeln der Sittlichkeit und Sitte angehalten! Hingegen gibt es Rechtssätze, die durch keinerlei äußeren Zwang garantiert sind. Vgl. S. 82 u. Teil II S. 39.

an sich erlebt, und es ist keine niedrige. Sie schuf „Edelanarchisten“ wie Ibsen und Tolstoi. Indem die anarchistische Theorie aber das Recht deshalb abschaffen und die Wirtschaft durch viel Moral und ein wenig Sitte allein geregelt sehen möchte, entgeht es ihr, daß jener Konflikt zwischen individuellem Gefühl und dem Bedürfnis der gesellschaftlichen Organisation, wie u. a. zahlreiche Dichtungen (auch gerade der genannten beiden Schriftsteller!) zeigen, im Gebiet von Sitte und Moral noch weit schärfere und verletzendere Form annimmt, als in dem des Rechts. Weit schärfer, weil das Recht uns im Grunde doch als das höhere, noch unantastbarere, ja in Wahrheit heilig erscheint, während Anwendung dieser Bezeichnung auf die Sitte eine gelinde Blasphemie, auf die Moral doch um ein Haar weniger geläufig ist als auf das Recht. Ja wir entnehmen mit Überraschung der Psychologie der Normengruppen folgende Reihe: ein Wächter der Sitte ist uns, wenn gemäßigt und milde, willkommen, ein Moralprediger, wenn selber moralisch, respektwürdig, ein gerechter Richter, selbst wenn rigoros, ein Ideal. Beim Anarchismus übrigens bleiben die weicheren, passiven Gemüter stehen, innerlich gefestigte Mannesnaturen ringen sich in der Erfahrung des Lebens zu einer großen Liebe zum Rechte durch (dies wird ihnen zum heiligsten Gute), und naht ihnen das Unrecht, dann entstehen die tragischen „Kämpfe ums Recht“ eines Michael Kohlhaas, Taras Barabola[1]) u. a. Solche Blutzeugen für die Majestät des Rechtes kämpfen für die Gesamtheit, indem sie ihre Ansprüche verfechten, und mit Fug preist Ihering den Kampf ums Recht als moralische Tat. — Die Psychologie der Ein-

---

[1]) Im Roman „Ein Kampf ums Recht“ von K. E. Franzos.

zelgruppen sozialer Normen[1]) noch weiter zu verfolgen, geht hier nicht an. Noch ein Unterschied zwischen denselben findet sich in der Verteilung von Gebot und Verbot. Typus der Rechtsnorm ist das „Du sollst nicht töten“. Die Moral nimmt fast die ganze Masse der Rechtsnormen in sich auf, aber sie fügt eine große Reihe wichtiger Gebote hinzu: „Du sollst Barmherzigkeit üben“ u. a. m.[2]). Die Sitte endlich enthält fast ausschließlich Gebote: „Wenn du in Gesellschaft gehst, sollst du einen schwarzen Rock anziehen“ usw. — Einige andere Unterscheidungsmerkmale findet der Leser noch S. 32 ff. Es sind noch nicht entfernt alle genügend bekannt; der artbezeichnende Unterschied, welcher das Recht aus dem Oberbegriffe der sozialen Normen heraushebt, ist mithin in so wenig fester Weise gegeben, daß eine voll befriedigende Definition des Begriffes „Recht“ bei dem heutigen Stande der Wissenschaft ausgeschlossen erscheint.

5. Die Funktion des Rechts tritt in konkreter Weise zu Tage in den einzelnen Rechtsfällen. Streiten zwei Parteien etwa darüber, ob A dem B 100 zu zahlen habe[3]), und es kommt zur richterlichen Entscheidung, so treten in dieser zwei Faktoren charakteristisch hervor. Einmal die Beendigung des Streitstandes, da die hinter dem Richterspruch stehende staatliche Macht diesem die Vollstreckung verbürgt. Das ist die Friedewirkung des Rechtes. Sie verhindert die aus Selbsthilfe der Parteien und deren Abwehr entspringenden Unzuträglichkeiten.

---

[1]) Ob man Anstand, Höflichkeit, Mode ꝛc. der Sitte zu subsumieren oder als besondere Normengruppen anzuerkennen habe, ist zweifelhaft. Vgl. Ihering, Zweck im Recht.

[2]) Eine wichtige Frage ist, ob Recht auch der Sittlichkeit widersprechen (und trotzdem Recht bleiben) könne; von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob man der Theorie des ethischen Minimum voll oder nur mit Modifikationen beipflichten kann.

[3]) Doch sind nicht alle Rechtsfälle Streitsachen. Vgl. Teil II S. 1

Zweitens die Gerechtigkeitswirkung. Sie beruht zunächst auf der Unparteilichkeit der schlichtenden dritten Person, welche jedem das Seine zuerkennt, während die Beteiligten oft auch ohne böse Absicht mehr fordern, als ihnen zusteht, sodann auf dem billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen durch verhältnismäßiges Abstreichen an den Ansprüchen, wenn nämlich diese durch die Vereinbarung der Parteien oder sonstige Umstände so geformt sind, daß sie miteinander kollidieren. In allen Fällen werden die Interessen der Parteien gleichzeitig mit dem Interesse der Gesamtheit in Ausgleich gebracht, welches in erster Linie (stets) als das allgemeine formale Interesse an der Erhaltung des Friedens, mitunter aber auch als am konkreten Falle speziell beteiligt erscheint.

6. Diese Tatsachen spiegeln sich in jedem Rechtssatz. Er enthält einen Machtbefehl (sanktionales Moment) und eine Belehrung darüber, was Rechtens sei (instruktionales Moment)[1]). Das letztere aber lehrt darüber hinausgehend auch die Lebenserscheinungen kennen, welche rechtlich geregelt sind, die Situationen, in welchen Recht zur Anwendung kommen muß, d. h. es lehrt die Zwecke der Rechtssätze erkennen. Die Erkenntnis des Zwecks im Recht aber ist das Fundament aller Jurisprudenz. Rechtssätze wissen ohne die Zwecke sonderlich zu beachten, ist bloße Rechtskunde; für denjenigen, der den Einklang der vielfach verwickelten Bestimmungen wissenschaftlich zu erfassen wünscht, muß das Verstehen ihrer Zwecke Ausgangspunkt und Endziel sein.

---

[1]) Laband: „Gesetzesbefehl“ und „Gesetzesinhalt“.

§ 2. Das Gelten des Rechts und seine Gründe. (Lehre von den Quellen.)

1. Die Eigentümlichkeit der sozialen Normen, die sie gegenüber allen anderen Tatsachen des geistigen Lebens kennzeichnet, ist das Gelten. Der Tatbestand des Geltens liegt darin, daß dem Menschen bewußt ist, durch das Geltende in irgend einer Weise gezwungen zu sein. Es ist das Zwangsbewußtsein, welches wir deshalb auch im vorigen § analysieren mußten, um die verschiedenen Arten des Geltenden, die einzelnen Normengruppen kennen zu lernen. Aber dieses Zwangsbewußtsein bedarf noch einer näheren Bestimmung. „Gelten" wird ja auch in übertragener Bedeutung von gewissen anderen Tatsachen gebraucht, denen man dann entsprechend in übertragener Bedeutung auch den Namen von Normen oder Gesetzen beilegte, nämlich von den Naturtatsachen. Auch Naturgesetze sagt man, „gelten". Was unterscheidet das echte Gelten von jenem bildlichen, die wahren von den Pseudonormen? Beim Gelten der wirklichen, der sozialen Normen fragt man notwendig nach einem Grunde ihres Geltens; bei den Naturgesetzen fällt diese Frage ebenso notwendig hinweg. Und der Grund, weshalb die sozialen Normen gelten, liegt stets in der Überzeugung von ihrer Richtigkeit, in ihrer Anerkennung. Naturgesetze gelten, ob wir sie richtig finden und anerkennen oder nicht, — ja selbst ob wir sie kennen, ist dafür gleichgültig. Eine soziale Norm gilt nur, weil (und solange) wir finden, daß das, was sie vorschreibt, so (sittlich) richtig ist; weil wir sie anerkennen. Sie entsteht mit unserer Anerkennung und vergeht mit ihr, sie lebt von unserer Anerkennung. Die Anerkennung ist die gemeinsame Quelle aller Normen.

Gültig an Normen ist nur (und alles), was wir anerkennend als solche **setzen**: alle Normen sind **positiv**.

Diese Einsicht, so einfach und so grundlegend für das Verständnis alles sozialen Lebens sie erscheint, ist eine Errungenschaft der neueren Zeit. Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts hat man geglaubt, es existierten soziale Normen, die nicht bloß positiver, sondern allgemeingültiger Natur und so von ewiger Bedeutung wären, wie die Naturgesetze: man hielt dafür, daß es **natürliche Sittlichkeit** und **natürliches Recht** (und wohl auch natürliche Sitte) gäbe.

Die Quelle dieser natürlichen Normen sollte in erster Linie sein der göttliche Befehl. Es sollten bestimmte Satzungen der Sittlichkeit und des Rechts gelegen sein in der geoffenbarten Religion. Dabei unterschied man jedoch schon früh unbedingt allgemeingültige Regeln (lex divina universalis) von solchen, die nur einzelne Völker oder Glaubensgemeinschaften (z. B. Christen oder Juden) zu halten verbunden seien (lex divina particularis). Über die Abgrenzung beider Gebiete gab es weidliche Polemik.

Eine zweite Quelle natürlicher Satzung sollte sein die menschliche Vernunft. Das **Vernunftrecht** tritt als zweite Kategorie des **Naturrechts** neben das göttliche Recht. Je nachdem nun die Theologie das Verhältnis des Menschen zu Gott, der Natur zur Offenbarung, der Vernunft zur Gnade bestimmte, wurde auch das Verhältnis dieser beiden Rechtskategorien charakterisiert. Der Name des Naturrechts wurde dabei mehr und mehr auf das Vernunftrecht beschränkt.

Als zum Beginn der neueren Zeit die theologische Denkweise zurücktrat und die Philosophie auf den Thron erhoben wurde, da begann auch für das Vernunftrecht, das nunmehr eigentlich sogenannte Naturrecht eine Zeit

des großartigsten Triumphes. Der Gedankengang war ein psychologischer: die menschliche Seele sei in einer bestimmten unveränderlichen Weise eingerichtet, also müsse es auch ein unveränderliches Recht geben, mit dem die Menschen zu regieren seien. Es sei bloß Aufgabe der Wissenschaft, die Gesetze dieser natürlichen Rechtsordnung zu finden, so wie sie die natürlichen Gesetze etwa des Falls oder in den Verhältnissen der Zahlen gefunden habe. Es ist klar, daß seinem Werte nach dieses Recht als allgemein befriedigendes, bestmögliches, als ideales Recht gedacht werden mußte, ebenso wie vorher das göttliche Recht schon seiner Herstammung wegen selbstverständlich solches war. Es gelang der Vernunftrechtsphilosophie, die theologische Basierung des Naturrechts in langem Geisteskampfe[1]) zurückzudrängen und über die Rechtsanschauungen und die Gesetzgebung der Zeitspanne von 1650—1800 einen beherrschenden Einfluß zu gewinnen; diese ganze Epoche der Rechtsentwickelung heißt daher das Naturrechtszeitalter.

Es ward inauguriert durch Hugo Grotius'[2]) Schrift de iure belli et pacis 1625, auf die Höhe gehoben von Samuel Pufendorf[3]), erhielt neuen Glanz durch Thomasius (Fundamenta iuris naturae et gentium 1705) und J. J. Rousseau (Contrat social ou principes du droit publique 1762). Seinen Niedergang bezeichnen die Namen Christian Wolffs (Ius naturae methodo scientifica pertractatum 1740—48) und Kants (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797), der an das Natur-

---

[1]) Eine gedrängte Übersicht desselben bei Sternberg, Begnadigung bei den Naturrechtslehrern. Ztschr. f. vergleich. Rechtswiss. Bd. 13. 1899.

[2]) Man nannte ihn den „Vater des Naturrechts".

[3]) De iure naturae et gentium 1672. Vor ihm die Philosophen Hobbes (De cive 1642, Leviathan 1651) und Spinoza (Tractatus theologico-politicus 1670), gleichzeitig Locke (On government 1690).

recht noch glaubte, wiewohl er selber die Waffen geschliffen hatte, die diesem hundertjährigen Irrtum ein Ende bereiteten.

Es war der Göttinger Professor Hugo (er prüfte Heinrich Heine im Doktorexamen), dessen mit dem echten Geiste der Vernunftkritik erfülltes Lehrbuch des Naturrechts (1799) zum ersten Male die ganze Naturrechtstheorie von Grund aus widerlegte[1]).

Seitdem ist die Wahrheit unverlierbar: das Recht ist von den Menschen gesetzt nach ihren Bedürfnissen. Die Bedürfnisse der Menschen aber verhalten sich historisch verschieden. Die Probleme, deren Lösung die Rechtssätze (und die übrigen sozialen Normen) bilden, die sozialen Probleme sind Entwickelungsprobleme, d. h. sie lassen keine prinzipielle Beantwortung zu, sondern ihre Lösung ist die stetige Vervollkommnung in asymptotischer Annäherung an ein der Erfahrung unzugängliches Ideal. Alles Recht ist positiv heißt zugleich: alles Recht ist historisch[2]). Es ist die Einsicht von der historischen Natur des Rechts, durch die das Naturrecht auf immer verdrängt ist[3]).

2. Die Anerkennung, durch welche die sozialen Normen gesetzt werden, muß irgendwie offenkundig bezeugt werden. Diese offenkundige Bezeugung (Manifestation) kann zunächst ganz einfach stillschweigend erfolgen: durch fortgesetztes allgemeines Befolgen der anerkannten Normen, also durch Gewohnheit. Sie kann aber auch eine ausdrückliche sein und zwar entweder dergestalt, daß

---

[1]) Landsberg, Kant und Hugo. — Bahnbrechend Schelling, Syst. d. transzendentalen Idealismus 1800 S. 406 ff. Vorher schon Herder.

[2]) Das gleiche gilt selbstverständlich von den übrigen Normengruppen.

[3]) Auch was wir in den Systemen der Naturrechtslehrer als Naturrecht ausgegeben finden, ist stets positives, historisches Recht. Es ist das Recht jener Zeit, verbrämt mit Zusätzen, welche nach der Meinung der Autoren [illegible]ale Gesellschaftszustände zu schaffen geeignet waren.

unter Gleichgeordneten die Geltung (Anerkennung) irgend welcher Norm vereinbart wird, oder so, daß ein Übergeordneter Untergeordneten die Anerkennung irgend welcher Norm verbindlich befiehlt[1]). **Gewohnheit, Vereinbarung** und **Gesetz** sind sonach die drei Manifestationsfaktoren für die Anerkennung der sozialen Normen.

Jedoch sie verteilen sich ungleich auf deren verschiedene Gruppen. In Zuständen der Vorkultur ist die Gewohnheit Alleinherrscherin in allen dreien. Aber ziemlich früh beginnt das Recht ihr zu entwachsen. Neben dem Gewohnheitsrecht (consuetudo) gewinnt das gesetzte Recht[2]) — mit einem zu engen, aber einmal technisch gewordenen Ausdruck lateinisch als ius scriptum bezeichnet[3]) — immer mehr Raum, um schließlich das erstere auf ein spärlich Altenteil zurückzudrängen. Innerhalb des gesetzten Rechtes selbst aber überwiegt je später je mehr das Gesetz das vereinbarte Recht[4]). Fast all unser

---

[1]) Und zwar mit der Maßgabe, daß er selber zugleich diese Normen anerkennt und sich an sie bindet. Selbstbindung des normsetzenden Subjekts ist notwendiges Erfordernis aller Normensetzung.

[2]) Der Ausdruck „gesetzt" hat also noch einen zweiten, spezielleren Sinn als oben angegeben, wo dargetan wurde, daß alle Normen vom Menschen gesetzt (positiv) sind. Hier nun ist „gesetzt" das Gegenteil von „geworden", es bezeichnet die willkürliche Setzung im Gegensatz zur Setzung durch Gewohnheit.

[3]) Rechtsgesetze sowohl wie Rechtsvereinbarungen können nämlich sehr wohl mündlich ergehen. Die Römer sahen eben in der nur regelmäßigen Tatsache, daß gesetztes Recht gelegentlich seiner Setzung auch aufgezeichnet wird, ein allgemein gültiges Prinzip. Ihnen war das Gewohnheitsrecht „dasjenige Recht, dessen Anerkennung ohne Aufzeichnung zustande kommt" („quae sine ullo scripto populus probavit").

[4]) Frühe Zeiten wissen zwischen beiden keinen Unterschied. Denn die Gesetze, die für ein Volk gelten sollten, wurden zuerst von eben diesem Volke in der Volksversammlung vereinbart. Daher heißen die frühesten Rechtssatzungen der Germanen auch „Pakte" (z. B. „pactus Alamannorum" neben „lex Alamannorum") und die Römer haben sogar für Gesetz und für die von privaten Parteien rechtsgeschäftlich vereinbarten Vertragsbedingungen dasselbe Wort: lex. Das hängt weiter damit zusammen, daß primitive Zeiten den Unterschied zwischen staatlicher Rechtssetzung und privaten Parteiverabredungen, die für uns heutige himmelweit verschiedene Dinge sind, nicht zu machen verstehen, weil nämlich der unsicheren Zustände halber alle Rechtsgeschäfte ursprünglich ebenso in feierlicher Ekklesie abgeschlossen und

heutiges Recht beruht auf Gesetz, welches vom Staate durch Machtbefehl gegeben wird, nur im Völkerrecht, welches im Verhältnis der Staaten zu einander gilt, die ja durchaus gleichberechtigt sind und einander nichts zu befehlen haben, kommt Rechtssetzung ausschließlich durch Vereinbarung zustande. Das Völkerrecht ist zugleich derjenige Rechtsteil, in welchem das Gewohnheitsrecht noch an Menge des Stoffs dem gesetzten Rechte gleichkommt. Sittlichkeit und Sitte sind den gleichen Weg nicht gegangen. Sie werden noch heute wie je durch die Gewohnheit bezeugt. Das hängt mit ihrem Wesen wohl eng zusammen: wenn auch auf dem Gebiet der Sitte wenigstens befohlene oder vereinbarte Anerkennung wohl vorkommen mag, (Beispiele: Hofzeremoniell, studentisches Zeremoniell usw.) so zeigt es sich doch, daß Normen der Sitte oder Sittlichkeit, wenn sie derart willkürlich manifestiert und fixiert werden, den ihnen eigentümlichen Charakter einzubüßen und in die Rechtssphäre hinübergezogen zu werden Gefahr laufen. Ihr wesentlicher Manifestationsfaktor bleibt die Gewohnheit.

Die ältere Rechtswissenschaft hat die Anerkennung als Quelle sämtlicher sozialen Normen nicht gekannt. Ihr fielen nur die deutlich hervortretenden Arten der Bezeugung, die Manifestationsfaktoren als Gründe der Normengeltung ins Auge und meint man seit alters, wenn man von Rechtsquellen spricht, diese. Die Terminologie bleibt auch heute unbedenklich, wenn man nur sich bewußt ist, in welcher übertragenen Bedeutung man das Wort „Quelle“ gebraucht. Und so begreift man denn

---

ganzen Volke anerkennungshalber bezeugt werden wie die Rechtssatzungen. Vgl. S. 55. Von dieser Grenzverwischung her ist uns der Streit verblieben, ob die Statuten z. B. von Aktiengesellschaften Recht oder rechtsgeschäftliche Verabredung sind, was in letzterem Sinne zu entscheiden.

nach wie vor unter dem Ausdruck „Rechtsquellen“ schlechthin die drei dem Rechte eigentümlichen Manifestationsfaktoren: Gewohnheit, Vereinbarung und Gesetz. Auch die Vereinbarung ist übrigens als Rechtsquelle erst von der neueren Forschung aufgefunden worden, deshalb liest man in den meisten Büchern noch die Lehre: „Rechtsquellen sind Gesetz und Gewohnheit“, wie sie schon in den alten römischen Juristenschriften stand: constat (autem) ius (nostrum) aut ex scripto aut ex non scripto[1][2].

3. Der juristische Begriff der Quelle, wie er hier aufgezeigt worden ist, darf nicht verwechselt werden mit dem historischen Quellenbegriff, der seinerseits auch für die Rechtswissenschaft von großer Bedeutung ist, nämlich für die Erforschung der Rechtszustände vergangener Zeiten. Denn da das Recht, wie dem Naturrecht gegenüber fest-

---

[1]) Schriftlich aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht ist nicht Gesetz, sondern bloße „Satzung“. Der Unterschied zwischen Gesetz und Satzung liegt darin, daß während das Gesetz unbedingt verbindlich gilt, gegenüber der Satzung der Beweis mißverständlicher Aufzeichnung des Rechts verstattet werden muß. Das ist freilich nicht mehr praktisch, da die Satzung bloß ein Übergangsstadium zwischen der Herrschaftsepoche von Gewohnheit und Gesetz darstellt. Vgl. S. 68. — Satzung im Sinne der modernen Gesetzbücher ist etwas ganz anderes, nämlich: Vereinsstatut 2c. — Ein Gesetz, welches einen ganzen Rechtsteil oder das gesamte Recht eines Staates 2c. umfaßt, heißt „**Kodifikation**“.

[2]) „Rechtsgebiet“ heißt ein Territorium, in welchem ein eigenes sogen. partikuläres Recht gilt. Erfließt Recht für mehrere Rechtsgebiete aus einer Quelle, z. B. für die Gliedstaaten einer Staatenverbindung [Staatenbund, Bundesstaat 2c., vgl. Teil II S. 163], aus einer Bundesgesetzgebung, so heißt dieses „gemeines Recht“ (ius commune), „allgemeines Recht“ dagegen, wenn es aus den eigenen Rechtsquellen der einzelnen Rechtsgebiete mit nur inhaltlicher Übereinstimmung erfloß. So war lange das römisch-kanonische Recht gemeines Recht für Deutschland, weshalb man es auch schlechthin „gemeines Recht“ im engeren Sinne genannt hat. Allgemeines Recht waren z. B. die Gesetze übereinstimmenden Inhalts, die die dem Deutschen Bunde (1814—1866) angehörigen Staaten sich auf Veranlassung der Zentralverwaltung des Bundes gaben wie das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, die allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848, welche später vom Norddeutschen Bund bezw. vom Deutschen Reich zu Bundes- bezw. Reichsgesetzen angenommen wurden. Im alten Reich galt das gemeine Recht subsidiär, d. h. soweit das partikuläre Recht versagte (was aber in sehr großem Umfang der Fall war, vgl. S. 101): es galt der Satz: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. Umgekehrt im neuen Deutschen Reich: Reichsrecht bricht Landesrecht.

gestellt wurde, ein historisches Gebilde ist, so muß es auch historisch verstanden werden und ist wissenschaftliche Betrachtung der Rechtsgeschichte zum Verständnis des geltenden Rechtes unerläßlich. Außerdem ist sie in demselben Grade wie jede andere Wissenschaft Selbstzweck. Deshalb unterliegt die Jurisprudenz einer Teilung unter ähnlichem Gesichtspunkt wie die Theologie (und die Philosophie): in historische Jurisprudenz und systematische oder dogmatische Jurisprudenz. Die Quellen nun, welche die historische Jurisprudenz, die „Rechtsgeschichte" ihren Forschungen zu Grunde legt, sind die allgemeinen Geschichtsquellen, also alle möglichen Geisteserzeugnisse der Vergangenheit. Kann man doch selbst aus Werken der schönen Literatur auch über Rechtszustände belehrt werden. An speziellen Rechtsgeschichtsquellen treten außer den Rechtsquellentexten auf: Die Entscheidungen der Gerichte und sonstigen Behörden, die Urkunden über Rechtsgeschäfte, ferner die rechtswissenschaftliche Literatur, welche vorgeschrittene und die Rechtssprichwörter oder Parömien, welche primitivere Epochen massenhaft hervorbringen[1]).

§ 3. Die Garantien des Rechts.

1. Die Anerkennung erfanden wir als das Fundament jeglicher Normengeltung. Da tritt denn die Frage in den Gesichtskreis, was es wohl dem Wesen nach auf sich habe mit dieser mächtigen Anerkennung, die die Geltung der Normen schafft und — wahrt. Denn sobald eine Norm der Anerkennung verlustig ist, gilt sie nicht mehr. Das Wesen der Anerkennung ergibt sich aus

[1]) Register der in diesem Werke vorkommenden Parömien am Schluß des II. Bändchens.

ihrer Funktion und der Art ihrer Kundgebung, wie sie im vorigen § beleuchtet wurden. Rechtsanerkennung ist *Rechtsüberzeugung*. Das analoge gilt für alle sozialen Normen. Die Anerkennung einer jeden solchen liegt in der Überzeugung, daß es so richtig sei, wie der Inhalt der Norm verkünde. In der Überzeugung, welche die Anerkennung ausmacht, liegt aber nicht bloß ein intellektuales, sondern auch ein voluntares Element: es handelt sich dabei nicht bloß darum, daß gewußt werde, es sei so richtig, wie es der Inhalt der Norm verkündet, sondern, daß dieses Richtige auch gewollt werde. Anerkennen ist niemals bloßes *Erkennen*, sondern stets zugleich — und das ist das Wichtigere — *Billigen*, *Einwilligen*[1]).

Wollen des Inhalts einer Norm — „normgemäßes Wollen" — ist *bestimmt gerichtetes Wollen* im Gegensatz zu demjenigen Wollen, bezüglich dessen jeweiliger Richtung keine Bestimmtheit vorliegt, zum *willkürlichen Wollen*. Die Möglichkeit, menschliches Wollen zu veranlassen, daß es in bestimmter Richtung sich bewegt, liegt in der *Beeinflußbarkeit des Willens durch Motive*. Beeinflussung des Willens — wir nennen sie Zwang — bietet Gewähr dafür, daß er sich in bestimmter Richtung bewegen wird. Also auch dafür, daß er Normen, ihren Inhalt wollend, anerkennt. Der *Zwang* ist die Garantie der Geltung der Normen. Und zwar erstens die einzige und zweitens die allgemeine.

2. Nur seine Mittel sind verschiedene. Die beeinflussenden *Motive* können sehr verschiedener Art sein. Eigenes

---

[1]) So wird der Begriff der Anerkennung ja auch, wo er im gewöhnlichen Leben, und wo er in der Jurisprudenz in speziellerer Bedeutung vorkommt, verwandt. Die privatrechtliche und die zivilprozessuale Anerkennung wie die völkerrechtliche lassen das Willensmoment stets scharf hervortreten.

und nur dieses allein mächtig ist. Denn allen Nachteilen, die eine auf Konventionalregeln basierte Gemeingewalt verhängt, kann sich der Betroffene durch Austritt aus der Gemeinschaft entziehen, und andererseits ist somit das Schwerste, was eine solche über ein renitentes Mitglied verhängen kann, die Ausstoßung, mit der von selbst alle Macht über den Dimittierten aufhört. Die rechtliche Gemeinschaft aber, der Staat, sie allein hält ihn wider seinen Willen in ihrem Verbande fest und straft ihn — legt ihm ein Übel auf wider seinen Willen, während bei den konventionalen Gemeinschaften doch alle Benachteiligungen im letzten Grunde freiwillig getragen werden [1]). Man nennt die Gewalt, die der Rechtszwang verleiht, herrschaftliche Gewalt (imperium) im Gegensatz zur bloß genossenschaftlichen, die nur vom inneren Zwange der Konventionalregeln garantiert ist. Ihr notwendiger Träger ist der Staat, ihr notwendiges Attribut die Strafe [2]).

Das Recht, so erhellt hierdurch, bietet die Garantie dafür, daß überhaupt Gemeinschaften dauernd bestehen bleiben, indem es allein unwiderstehlich das Ausscheiden hindert. Wo Rechtszwang fehlt, da ist keine Bürgschaft, daß nicht jegliche Gemeinschaft sich auflöst und damit an

---

[1]) Wir reden hier nur vom normgemäßen Handeln, daher kann ein rein tatsächliches Moment wie die Entziehung durch Flucht nicht entgegengehalten werden. Überdies gibt der Staat seinerseits seine rechtlichen Ansprüche gegen den Entflohenen keineswegs auf.

[2]) Dies bedarf einer Einschränkung. Denn herrschaftliche Gewalt kann die Gewalt des Rechtszwanges nur dann heißen, wenn zwischen dem zwingenden Willen (dem Gemeinwillen) und dem zu zwingenden (dem Einzelwillen) eine derartig ausgeprägte Trennung besteht, daß Gemeinwesen und Individuum einander als völlig verschiedene Personen gegenüberstehen. Das ist nicht der Fall, wenn der Gemeinwille bloß durch die Summe der Einzelwillen dargestellt wird, wie in primitiven Gemeinwesen niederer Kultur und in der heutigen Völkerrechtsgemeinschaft, von denen namentlich die letztere des herrschaftlichen Elements völlig bar ist, obwohl sie des Rechtzwangs (Völkerrechts) keineswegs entbehrt.

Stelle der sozialen Normen die reine Willkür tritt. Somit ist das Recht aufgewiesen als Grundstein, als Träger der sozialen Ordnung überhaupt. Der Sitte und der Sittlichkeit sind ihre Existenz vom Recht gewährleistet. An dieser Erkenntnis scheitert unabwendbar die Doktrin der Anarchisten. Die Sittlichkeit, die sie wollen, ist ohne Recht, Staat und Strafe, die sie hassen, nicht zu haben.

So greift denn auch in der Tat die Macht des Rechtes in alle konventionalen Gemeinschaften ein. Ihrer keine ist vom Rechte unbeeinflußt. Mindestens die Duldung durch die Rechtsordnung kommt für jede konventionale Gemeinschaft in Betracht. Und dieses Minimum ist keineswegs die Regel. Außerordentlich häufig findet ein sehr tiefes Eingreifen des Rechtes statt; und von seiner Macht des Festhaltens wider Willen macht es bei manchen konventionalen Gemeinschaften auch in der Weise Gebrauch, daß es Mitglieder solcher wider ihren Willen in Beziehungen zu jenen festhält. Es gibt also keine rein konventionalen Gemeinschaften. Aber auch keine rein rechtlichen. Selbst im Staate ist die konventionale soziale Regelung mit der rechtlichen unlösbar verkettet; wo Güter der Sitte und der Sittlichkeit (sittliche und sittenmäßige Interessen) nicht vorhanden, da wird auch kein Rechtsschutz postuliert, da gibt es auch keine rechtlichen Interessen, keine Rechtsgüter. In der Wirklichkeit existieren weder rechtliche noch konventionale Gemeinschaften als solche, sie sind nur Produkte der Abstraktion, mittels welcher man das jeweils unbeachtliche hinwegdenkt; eine den Wissenschaften allgemein und der Psychologie, auf deren Gebiete wir uns bei diesen Ausführungen bewegen, speziell geläufige Operation. Diese Einsicht ist auch deshalb von Wert, weil sie vor einem Irrtum bewahrt, in den konsequentes Durchdenken der

Theorie der sozialen Normen im hier gegebenen Sinne den Ungeschulten leicht hineinführen möchte: als ob nämlich die Normengruppen selber in der Wirklichkeit gesondert da wären, gewissermaßen wie in Schachteln verpackt. Auch sie sind vielmehr bloße Abstraktionen, genau ebenso wie z. B. die psychologischen Grundtatsachen: die Vorstellungen, Gefühle und Willensakte bloße Abstraktionen sind; denn es kommt nie eine von ihnen gesondert vor, sondern stets in Verbindung mit den anderen als einheitliches Gebilde, in welchem nur die Wissenschaft jeweils eine Seite isoliert, um sie wirkungsvoller studieren zu können. (W. Wundt.) Die ältere Lehre (sogen. „Vermögenspsychologie") huldigte dagegen der „schachtelmäßigen" Theorie von drei gesonderten „Vermögen" (Denkvermögen, Gefühlsvermögen, Willensvermögen). Wir erwähnen diese grundlegende psychologische Theorie deshalb, weil sie offenbar für das Verständnis der sozialen Normen, insbesondere des Rechts, als Tatsache des menschlichen Geisteslebens, von größter Bedeutung ist.

4. Der Zwang bildet die Garantie wie der gesamten menschlichen Friedensordnung (d. i. der sozialen Normen) so der Rechtsordnung. Er waltet im Interesse jedes einzelnen wider jeden einzelnen und auch im Interesse der Gemeinschaft wider jeden einzelnen. Erzeugt sich nun auch der Friede in der menschlichen Gesellschaft durch stetige ausgleichende Kombination der Interessen der einzelnen wie der Gesamtheit, und spiegelt sich deshalb in jeglicher Norm sowohl Einzel- wie Gesamtinteresse (vgl. oben S. 22), so erkennt doch die abstrahierende Wissenschaft, das jeweils Minderwichtige in der Betrachtung bei Seite schiebend, in der Rechtsordnung eine Scheidung zwischen Sätzen, in denen (überwiegend) Gesamtinteresse und solchen, in denen (überwiegend) Einzelinteresse zum Ausdruck

kommt[1]). Sie faßt die ersteren als öffentliches, die letzteren als Privatrecht zusammen. Schon die römischen Juristen statuierten diese Scheidung. Im ersten Abschnitt des ersten Buches der Institutionen (Justinians) steht: § 3 und 4: (Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum; publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Das Privatrecht gliedert sich in bürgerliches und Handelsrecht[2]), dem öffentlichen Recht fallen das Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Kirchenrecht, das Strafrecht und das gesamte Verfahrensrecht zu (Zivilprozeß, Strafprozeß und Verwaltungsverfahren). Vgl. im übrigen § 15. Das Verfahrensrecht heißt auch formelles Recht und im Gegensatz dazu alles Recht, das nicht bloße Verfahrensvorschriften enthält, materielles Recht. So stellt man dem Zivilprozeß das materielle Zivilrecht, dem Strafprozeß das materielle Strafrecht, dem Verwaltungsverfahren das materielle Verwaltungsrecht gegenüber[3]).

---

[1]) In den anderen Normengruppen ist der Unterschied mehr verwischt.

[2]) Der Ausdruck „Zivilrecht" (ius civile) wird bald für Privatrecht, bald für bürgerliches Recht gebraucht. Erstere Terminologie ist wohl häufiger. Eine dritte (historische) Bedeutung siehe S. 69.

[3]) Die Unterscheidung ist grundlegend für diejenige von materieller und formeller Rechtskraft der Entscheidungen (Teil II S. 64); mit der des materiellen und formellen Beweisrechts (S. 56) hat sie wenig, mit der des Gesetzes im mat. und form. Sinne (Teil II S. 44 u. 120 f.) nichts zu tun.

Theorie der sozialen Normen im hier gegebenen Sinne den Ungeschulten leicht hineinführen möchte: als ob nämlich die Normengruppen selber in der Wirklichkeit gesondert da wären, gewissermaßen wie in Schachteln verpackt. Auch sie sind vielmehr bloße Abstraktionen, genau ebenso wie z. B. die psychologischen Grundtatsachen: die Vorstellungen, Gefühle und Willensakte bloße Abstraktionen sind; denn es kommt nie eine von ihnen gesondert vor, sondern stets in Verbindung mit den anderen als einheitliches Gebilde, in welchem nur die Wissenschaft jeweils eine Seite isoliert, um sie wirkungsvoller studieren zu können. (W. Wundt.) Die ältere Lehre (sogen. „Vermögenspsychologie") huldigte dagegen der „schachtelmäßigen" Theorie von drei gesonderten „Vermögen" (Denkvermögen, Gefühlsvermögen, Willensvermögen). Wir erwähnen diese grundlegende psychologische Theorie deshalb, weil sie offenbar für das Verständnis der sozialen Normen, insbesondere des Rechts, als Tatsache des menschlichen Geisteslebens, von größter Bedeutung ist.

4. Der Zwang bildet die Garantie wie der gesamten menschlichen Friedensordnung (d. i. der sozialen Normen) so der Rechtsordnung. Er waltet im Interesse jedes einzelnen wider jeden einzelnen und auch im Interesse der Gemeinschaft wider jeden einzelnen. Erzeugt sich nun auch der Friede in der menschlichen Gesellschaft durch stetige ausgleichende Kombination der Interessen der einzelnen wie der Gesamtheit, und spiegelt sich deshalb in jeglicher Norm sowohl Einzel- wie Gesamtinteresse (vgl. oben S. 22), so erkennt doch die abstrahierende Wissenschaft, das jeweils Minderwichtige in der Betrachtung bei Seite schiebend, in der Rechtsordnung eine Scheidung zwischen Sätzen, in denen (überwiegend) Gesamtinteresse und solchen, in denen (überwiegend) Einzelinteresse zum Ausdruck

kommt[1]). Sie faßt die ersteren als öffentliches, die letzteren als Privatrecht zusammen. Schon die römischen Juristen statuierten diese Scheidung. Im ersten Abschnitt des ersten Buches der Institutionen (Justinians) steht: § 3 und 4: (Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum; publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Das Privatrecht gliedert sich in bürgerliches und Handelsrecht[2]), dem öffentlichen Recht fallen das Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Kirchenrecht, das Strafrecht und das gesamte Verfahrensrecht zu (Zivilprozeß, Strafprozeß und Verwaltungsverfahren). Vgl. im übrigen § 15. Das Verfahrensrecht heißt auch formelles Recht und im Gegensatz dazu alles Recht, das nicht bloße Verfahrensvorschriften enthält, materielles Recht. So stellt man dem Zivilprozeß das materielle Zivilrecht, dem Strafprozeß das materielle Strafrecht, dem Verwaltungsverfahren das materielle Verwaltungsrecht gegenüber[3]).

---

[1]) In den anderen Normengruppen ist der Unterschied mehr verwischt.

[2]) Der Ausdruck „Zivilrecht“ (ius civile) wird bald für Privatrecht, bald für bürgerliches Recht gebraucht. Erstere Terminologie ist wohl häufiger. Eine dritte (historische) Bedeutung siehe S. 69.

[3]) Die Unterscheidung ist grundlegend für diejenige von materieller und formeller Rechtskraft der Entscheidungen (Teil II S. 64); mit der des materiellen und formellen Beweisrechts (S. 56) hat sie wenig, mit der des Gesetzes im mat. und form. Sinne (Teil II S. 44 u. 120 f.) nichts zu tun.

I. Buch.

Das Recht in seiner geschichtlichen Erscheinung.

„Juristische Dialektik kann das Gegebene leicht mit gleicher logischer Schärfe selbst aus entgegengesetzten Prinzipien deduzieren. Das richtige Prinzip aber lehrt nicht die formale Jurisprudenz, sondern die Geschichte.“ Jellinek.

Erster Abschnitt.

§ 4. Entstehung und Entwickelung des Rechts[1]).

1. Wie ist das Recht in die Welt gekommen? Frühere Zeiten hatten die Antwort auf diese Frage schnell bereit. Mit dem Sündenfall natürlich, sagt die ältere christliche Lehre durch den Mund Augustins; er zerbrach das Reich Gottes auf Erden, in dem die göttlichen Gebote allein herrschten, er setzte das weltliche Reich und menschliche Normen voller Gebrechlichkeit und Unvollkommenheit an ihre Stelle; aber einst wird wieder die civitas terrena versinken, mit ihr das menschliche Recht, und die civitas dei wird triumphieren in der Durchsetzung des allseligmachenden göttlichen Willens, an die Stelle der Bekämpfung des Unrechts wird seine Negation treten. Eine Theorie, der die Berührungspunkte mit der in § 1 entwickelten anarchistischen vom Wesen des Rechts nicht fehlen.

2. Auch die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts machte sich, noch verwegener mit der bloßen Spekulation hantierend, die Antwort allzuleicht. Sie nahm das Recht für willkürliche Schöpfung, wobei sie

---

[1]) Man versäume nicht, die überaus glänzende Darstellung Kohlers in der jetzt von ihm herausgegebenen Holtzendorffschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 22—69 zu Rate zu ziehen.

übrigens in Parallele trat mit den damals verbreiteten Ansichten über die Entstehung von Sprache, Religion, und Kunst. Die Menschen der Urzeit, sagte sie, kannten keine im strengen Sinne soziale Bindung des Zusammenlebens. Sie waren frei, ursprünglich vielleicht „wie im Äther der Gott", der Normen leicht entbehrend durch die Segnungen und die Tugenden eines goldenen Zeitalters, oder, vielleicht von vorn herein, sicherlich aber später, frei „wie das Tier der Wüste", nein sogar noch weniger gebunden als jenes, denn das wilde Tier schont seinesgleichen, aber des Menschen Wildheit macht vor dem Menschen nicht Halt: homo homini lupus. Jedoch die vernünftige Natur des Menschen widerstrebte auf die Dauer einem solchen Zustande. Der von Natur ihm eingepflanzte Geselligkeitstrieb (socialitas), dessen Dasein durch die Sprache aufs untrüglichste erwiesen wird — denn ohne Verkehr, also ohne gesellige Beziehung ist diese undenkbar — zwingt ihn, Anschluß an seinesgleichen zu suchen, der, um sicher zu sein, friedlich, also geordnet sein muß: das Bedürfnis der Geselligkeit führt zum Bedürfnis der Ordnung.[1]) Die Grundlage des Geselligkeitstriebes aber bildet der Urtrieb aller Triebe, der Selbsterhaltungstrieb (philautia): Die stete Furcht ums nackte Leben macht den normenlosen Zustand unerträglich, sie treibt zuletzt die Menschen, den Geselligkeitsvertrag (contrat social) zu schließen, durch welchen sie sich aus dem freien status naturalis hinaus in den gebundenen status civilis begeben, sich Gesetze geben und eine Obrigkeit erwählen. Der Gesellschaftsvertrag bildet alsdann so wie den Entstehungsgrund, auch den Rechtsgrund alles gesetzlichen Zustandes, alles Rechtes. So stellte man das

---

[1]) Bereits Aristoteles hatte den berühmten Ausspruch getan, der Mensch sei ein ζῷον πολιτικόν, d. h. ein zu geselliger Ordnung angelegtes Wesen.

Denn soziales Leben mußten wir begrifflich als ein durch Normen geregeltes Zusammenleben erklären. Aber auch die Erfahrung weist uns in der Tat Normen vor, wo immer ein solches Zusammenleben existiert. Und wenn selbst wir keinen mit dem Drucke der Not zwingenden Grund für Normenbildung zu entdecken vermögen, so bleiben noch immer die Gesetze der Imitation, die allgemeingültige Formen ins Zusammenleben tragen. Sogar bei den herdenmäßig und sonst symbiotisch vorkommenden Tieren finden wir etwas allgemeingültig das Leben der Gesamtheit Regelndes, was unsere mit dem heuristischen Prinzip der subjektiven Beurteilung[1]) arbeitende Psychologie seit alters und mit Recht als etwas Normartiges empfindet[2]).

Die beiden Gesichtspunkte: Imitation und tierisches Geistesleben führen uns zurück auf den Ursprung auch der menschlichen Normensysteme, den Instinkt. Bei Mensch und Tier wird eine Handlungsweise oder besser ein Betätigungsmodus, der sich zur Befriedigung irgend welchen Bedürfnisses als geeignet und förderlich erweist, zur Gewohnheit. Die gewohnheitsmäßige Betätigung ist nun nach doppelter Richtung hin der Wandlung fähig: sie kann entweder mechanisiert, automatisiert, von über die Schwelle des Bewußtseins tretenden Motiven unabhängig werden, dann wird sie zur instinktiven; oder sie wird zur bewußten Übung als solcher, bei welcher auch das Bewußtsein der Gewohnheit vorliegt, und dabei

---

[1]) Vgl. § 12 S. 148 ff.

[2]) In früherer Zeit sogar als etwas Normgleiches, als wirkliche Normen, wie sie auch die Menschen haben. Darauf gehen z. B. die Tierstrafen und Tierprozesse zurück, die noch das deutsche Mittelalter kennt. In weiteren Kreisen des Publikums ist diese naive Anschauung noch sehr verbreitet. Erst die moderne Psychologie hat in der Wissenschaft der Ansicht zum vollen Siege verholfen, daß nur etwas Normverwandtes, Normähnliches vorliegt. Vgl. im übrigen den Text.

außerdem noch das Bewußtsein, daß auch die Artgenossen die gleiche Gewohnheit haben; dann liegt ein Brauch vor. Gewohnheit nun und Instinkt sind den Menschen und Tieren gemeinsam. Der Brauch aber ist, soviel man weiß, bisher nur der Gattung Mensch eigen.

Im Brauche liegen die Keime, die Entwickelungsmöglichkeiten all der Normengruppen beieinander, die bisher auf unserem Planeten hervorgetreten sind. Sie sind aber völlig undifferenziert darin enthalten wie im tierischen Ei die Teile des künftigen Lebewesens; Sitte, Sittlichkeit und Recht liegen in einem beschlossen, und mit ihnen zusammen auch noch die religiöse Wertung der Handlungen. Eine jede Handlung ist religiös, sittenmäßig, sittlich und rechtlich zugleich erlaubt, oder ein Verstoß gegen Religion, Sitte, Sittlichkeit und Recht zugleich, ohne daß aber dem menschlichen Bewußtsein irgend eine Ahnung von der Scheidbarkeit dieser Dinge aufstiege. Die Psychologie des Zwangsbewußtseins (vgl. S. 19) ist eine ganz und gar einheitliche. Man ist aus verschiedenen, hier nicht näher zu besprechenden Gründen geneigt, die Sitte (und zwar stark religiös gefärbte Sitte) für dasjenige Element zu halten, das den Charakter dieses einfachen Normensystems für unser Verständnis am richtigsten bestimmt. Sitte ist mehr als Brauch, denn zu dem Bewußtsein „es ist Gewohnheit, daß ich so handle“ und „die anderen handeln auch so“, kommt das Bewußtsein hinzu: „es soll so sein“. Im Laufe der Zeiten lösen sich dann aus der religiös gefärbten Sitte auch Recht und Sittlichkeit als selbständig im Bewußtsein der Völker lebende Normengruppen aus. Das religiöse Element klammert sich an die einzelnen Normengruppen in verschiedenen Graden der Zähigkeit an, die im einzelnen noch nicht erforscht sind.

Es zeigt sich somit, daß in der Welt der Normen, also in der sozialen Welt ein Gesetz der fortschreitenden Differenzierung herrscht ähnlich dem in der Biologie aufgefundenen Gesetz der fortschreitenden Differenzierung der Organismen. Dabei entsteht die Frage, ob sich die Ursachen dieser Differenzierung ermitteln lassen, und vor allem, ob sie sich einem Gesetze unterwerfen.

Die Normen regieren die Willensbetätigungen. Jeder Wille geht auf die Herbeiführung eines Zustands. Man beobachtet nun, daß bei allen Willenshandlungen zu dem Erfolge noch etwas hinzukommt, was in der Zweckvorstellung des Handelnden nicht mit einbegriffen gewesen ist. Immer übertrifft das erreichte Ziel das gesuchte, mag nun die Zugabe dem Zwecksetzenden erwünscht oder unerwünscht sein. In beiden Fällen aber wird sie ihm zum bestimmenden Motiv für neue, andersartige Zwecksetzungen. So kommt es, daß die Zwecke der Menschen sich differenzieren, mit ihnen auch die zur Befriedigung der Zwecke erzeugten Einrichtungen, und zwar die individuellen (d. i. technischen) nicht bloß, sondern vor allem auch die Sitten- und sittlichen und die Rechtseinrichtungen. Das Gesetz aber, kraft dessen die Differenzierung der menschlichen Zwecke sich vollzieht, ist von seinem Entdecker Wundt als das Gesetz der Heterogonie der Zwecke benannt worden.

Das Recht ist unter den drei Normengruppen diejenige, die ihre Einrichtungen am schärfsten den jeweiligen Zwecken anpaßt. Sitten bleiben leichtlich noch bestehen, wenn der Zwecke, die sie ins Leben riefen, niemand mehr gedenkt, und die Bedürfnisse, denen einst eine bestimmte Sitteneinrichtung entsprach, längst durch ganz andere Mittel befriedigt werden. Eins der prägnantesten Beispiele ist die Trauerkleidung, die einst, in den fernen Tagen des

Geisterkults den Zweck hatte, die gefürchteten Geister der Verstorbenen (Lemuren, Vampire) zu erschrecken und zu vertreiben. Doch auch im Recht fügt es mitunter die Macht des Herkommens, daß ein Institut bestehen bleibt, auch wenn sein ursprünglicher Zweck beseitigt ist, weil es eben auch anderen Zwecken genügt, auf die man bei seiner Schöpfung nicht weiter sah. Solche Rechtsinstitute sind wie die leeren Schneckenhäuser, in denen ein Käfer sich häuslich eingerichtet hat. Man nennt die Erscheinung technisch den „Zweckwandel in den Rechtsinstituten“[1]). (Jellinek.) Sie ist ein Spezialfall des Gesetzes von der Differenzierung der Rechtsinstitute, welches seinerseits als die besondere Gestalt sich darstellt, die das Gesetz der Heterogonie der Zwecke in seiner Anwendung auf das Recht annimmt. Die Differenzierung der Rechtsinstitute schreitet im Laufe der Entwickelung soweit vor, daß viele Zwecke und Rechtsinstitute, die auf höherer Stufe sich finden, gar keine oder nur sehr geringe teleologische Beziehungen zu denen älterer Zeit aufweisen; teils weil erstere eine immense Zahl besonderer Zwecke und entsprechender Einrichtungen kennt, die der letzteren abgehen, teils auch, weil die Zivilisation Zweckreihen, die eine frühere Zeit pflegte, auf die Seite gestoßen (z. B. die Zweckreihe der Bekämpfung der Zauberei und Hexerei) und dem ganzen Zuge des Rechtsbewußtseins eine andere Richtung gegeben hat. So werden die Rechtssysteme verschiedener Zeiten oft in vielen Punkten disparat (d. h. unvergleichbar), und dieser Umstand ist es, der z. B. die Rechtsgeschichte gebieterisch nötigt, ihren

---

[1]) Ein berühmtes Beispiel ist die Jury (Geschworenenbank), die sich aus einem Ermittelungs- und Beweisführungsorgan zum Richterkollegium umbildete.

Stoff in Perioden zu zerlegen. (Brunner.) Die vergleichende Rechtswissenschaft sucht nach einem einheitlichen Schema der Periodisierung, ohne jedoch bisher darüber zu einem befriedigenden Abschluß gekommen zu sein. Die Periodisierung muß natürlich ihre Abschnitte wie alle Geschichte hie und da willkürlich machen, denn der Fluß der Rechtsgeschichte zeigt so wenig Stillstand wie die Entwickelung irgend eines anderen Systems der Kultur[1]).

Es sei nunmehr versucht, die Entwickelung und Differenzierung des Rechtes selbst, soweit der heutige Stand der Forschung es gestattet, zu skizzieren. An die zahlreichen Verzweigungen innerhalb des Rechtssystems,

---

[1]) Die Einblicke in die historische Natur des Rechts waren und sind geeignet, die Überzeugung von seiner positiven Natur wie zu erwecken so zu kräftigen. Wo gäbe es allgemeine Vernunftregeln für Eisenbahnrecht oder für Telegraphenrecht, die z. B. auch die alten Skythen oder die Indianer anwenden könnten? Nicht bloß wie die gesamte Kultur, sondern mit der gesamten Kultur, der es unlösbar eingekittet ist, wandelt sich das Recht. Das Gesetz der Heterogonie der Zwecke, wie es auf das Recht Anwendung findet, mögen wir aussprechen in der Formel: Die Funktion eines Rechtsinstituts geht hinaus über seinen Zweck. Hierzu ist noch folgendes zu bemerken: Das Gesetz der Heterogonie des Willens war für uns besonders interessant wegen der großen Rolle, die das Willensmoment im Reiche der Normen spielt. Die Willenselemente erschöpfen aber nicht das gesamte System der Kultur, sie sind ferner von den Vorstellungselementen nur in unserer Abstraktion getrennt und sind demgemäß auch im Reiche der Normen nicht ausschließlich, sondern nur neben jenen und mit ihnen zusammen maßgebend. Es muß daher angenommen werden, daß auch im Menschen neu erzeugte Vorstellungsinhalte, um mit dem Willen Schritt halten zu können, sich reicher erweisen als zu erwarten war, daß also das Gesetz der Heterogonie der Zwecke nur der auf das Willensgebiet beschränkte Sonderfall eines allgemeinen Gesetzes des Wachstums der geistigen Energie ist. Das bestätigt die Erfahrung, denn der menschliche Geist findet immer und immer die Mittel, die neuen Differenzierungen der geistigen Inhalte weiter zu verarbeiten. All die neu andrängenden Hydrahäupter des geistigen Geschehens werden überwunden durch die Zeugung neuer noch fruchtbarerer Hydrahäupter aus ihnen. Kein geistiger Inhalt wird konzipiert, ohne neuen geistigen Inhalten das Leben zu geben. Man spricht von der schöpferischen Synthese (Wundt), die es fügt, daß die geistige Energie im steten Wachstum begriffen bleibt, im Gegensatz zur natürlichen, die bekanntlich konstant ist. Wir werden die schöpferische Synthese und das Wachstum der geistigen Energie zum Verständnis des Wesen des Rechts noch mehrfach heranzuziehen haben. Vgl. S. 127—147.

die das heutige Rechtsbewußtsein kennt, ist in der ersten Jugend des Rechtes noch nicht zu denken. Auch hier fließt alles in eins: öffentliches Recht und Privatrecht; kriminelles und bürgerliches Unrecht und mithin Strafrecht und Zivilrecht; ebenso demgemäß auch Strafprozeß und Zivilprozeß, ja selbst ein für uns so grundlegender Unterschied wie der zwischen Rechtsgang und materiellem Recht ist unbemerkbar. Und wenn wir scharf zusehen, so finden wir gar den Unterschied zwischen Recht und Unrecht selber stark verwischt, denn nur ganz undeutlich sind in der Frühzeit die Spuren, nach denen Selbsthilfe und Rechtsweg sich unterscheiden.

Denn für die erste Jugendzeit aller Völker lassen sich die folgenden Zustände erschließen. Wenn eine Gruppe sich von einer anderen in ihren Ansprüchen irgend wie beeinträchtigt sieht — wir sprechen von Gruppen mit Hinweis auf die Bemerkung S. 41, der zufolge in primitiver Zeit das Individuum noch keine Geltung hat, worüber nähere Auskunft S. 63 und II S. 46 — und die gekränkte fühlt sich stark genug, der anderen zu begegnen, dann zieht sie in den Busch, überfällt eines schönen Nachts das Lager der anderen, setzt den roten Hahn auf die Dächer, tötet, verzehrt die Männer und nimmt die Frauen und was ihr sonst lieb, mit. Das ist die Urform des *Prozesses*, von der offenen Gewalt, vom Kriege, nicht zu unterscheiden. Das geht, bis einigermaßen bedeutendere Verbände unter den Menschen entstehen aus der Verschmelzung der Urgruppen. Diese Urgruppen sind durchgängig blutsverwandt; man nennt sie daher *Sippen*, oder, wenn sie sich, außer durch die Zeugung, auch auf dem Wege künstlicher Verwandtschaft (Adoption und Blutsbrüderschaft) zu ergänzen lieben, *gentes*. Ist nun kraft der bezeichneten Verschmelzung aus mehreren Sippen

oder gentes ein rudimentäres Gemeinwesen (Stamm) hervorgegangen, so läßt das gemeinsame Interesse am Frieden den bisherigen Zustand als unerträglich erscheinen. Es bahnt dem ersten Schritte von der Selbsthilfe zur Rechtshilfe, vom Kriege zum Rechtsgang den Weg. Der Stamm kann sich nämlich mit einer der hadernden Gruppen identifizieren, die andere von sich ausschließen, wodurch letztere von vorn herein in Nachteil gerät; in der Regel ist die Ausrottung der exkludierten Gruppe alsdann das Ende, falls sie nicht etwa bei anderen Stämmen einen Rückhalt findet. Mit steigender Entwickelung des ethischen Bewußtseins wird das Parteiergreifen des Stammesverbandes immer mehr nach den Gesichtspunkten der objektiven Gerechtigkeit gerichtet, während anfangs wohl — und häufig auch in späteren Rückfällen — der bloße Vorteil die Entscheidung lenkt. Dabei liegt aber ein ständiges Korrektiv in der Tatsache, daß zu den Vorteilen in erster Linie auch die Gunst der Götter gehört, die man durch brauchwidrige, normwidrige d. i. also irreligiöse, sittenwidrige, unsittliche, rechtswidrige Entschließung verscherzen würde. Sie bildet den Hebel der erforderlichen ethischen Entwickelung und fügt es, daß die Parteinahme des Gemeinwesens immer mehr unparteiisch wird. Auf dieser Stufe fällt also auf das Verfahren des Gemeinwesens bereits ein Schimmer vom Wesen eines Justizaktes. Ebenso, wenn das Gemeinwesen, von Gerechtigkeitserwägungen geleitet, gegenüber der Reaktion einer gekränkten Gruppe gegen eine andere sich neutral verhält, die „Fehde“, wie man es technisch nennt, duldet. Aber die Fälle der öffentlichen Fehdeduldung werden immer seltener, beschränken sich zuletzt auf Blutrachesachen und verschwinden schließlich ganz, was freilich in Deutschland erst zu Ende des Mittelalters geschah; anders als bei

den Römern, die schon in den Anfängen ihrer Geschichte keine Fehde mehr kennen[1]).

Die Fehde, und die Exkludierung vom Stamm (die man technisch Friedloslegung nennt) erstreckt sich schon in früher Zeit nicht auf die ganze Gruppe, wenn diese den oder die Schuldigen preisgibt. Ursprünglich wird sie allerdings danach gar nicht gefragt. Das Verfahren gegen einzelne ist aber ganz analog dem gegen die Sippe; werden sie auf frischer Tat betroffen, so wird die Exekution schleunigst vollzogen („und das Volk führe ihn hinaus und steinige ihn"), gelingt es ihnen, in den Busch zu kommen, so sind sie als Feinde des Stammes, als „Werwölfe", wie das alte deutsche Recht sagt, vogelfrei und wer will, mag sie töten.

Schon früh aber wird den Völkern klar, wie gemeinschädlich die fortwährenden Abschlachtungen von Menschen und Wüstungen von Gut sind, die Fehde und Friedlosigkeit mit sich bringen. Man läßt daher die Ablösung der Fehde bezw. der Friedlosigkeit durch Buße, sogen. Wergeld oder compositio zu, das teils an die verletzte Sippe bezw. gens, teils an das Gemeinwesen fällt. Aber weit entfernt, daß das Kompositionensystem die alte Praxis der Fehde und Friedloslegung sogleich verdränge, besteht sie vielmehr durch Jahrhunderte neben ihr. Bei den Deutschen fand Cäsar diesen Zustand, und noch im

[1]) Der Rechtsstreit ist also anfangs ein wirklicher Kampf, woran selbst im ältesten römischen Prozeß gewisse Formen noch sehr deutlich erinnern. In der Fehde dauert er noch lange als solcher fort. Entsprechend dieser Tatsache und der sekundären, erst in später Zeit recht durchgreifenden Beteiligung des Gemeinwesens ist der frühe Prozeß allenthalben Anklage- oder Akkusationsprozeß, d. h. ein solcher, der nur durch Handlungen der Parteien eingeleitet und durchgeführt wird. Die Einführung des Untersuchungs- oder Inquisitionsprozesses, d. h. eines solchen, den die Behörde von Amts wegen einleitet und durchführt, ist erst das Ergebnis einer beträchtlich hohen Stufe. Vgl. Teil II S. 112ff u. 129ff.

späten Mittelalter bestand derselbe[1]). Mit dem Kompositionensystem ist der eigentliche Prozeß, der Rechtsgang gegeben. Denn jetzt erst ist das Hauptmerkmal des Rechtsverfahrens: Entscheidung des Streits unter Wahrung des Friedens durch die Mitwirkung des Gemeinwesens verwirklicht. Wesentlich ist dabei die Entscheidung über das Streitinteresse, die Streitsumme. Ursprünglich ist diese wohl nirgends variabel[2]), weil nämlich auch das Streitinteresse, das Streitobjekt bei primitivsten Anschauungen keiner verschiedenen Wertung unterliegt. Die Kränkung wird ins Auge gefaßt und weiter nichts. Ob es ein Totschlag war, ob Entführung eines Weibes, eines Kindes, Wegtreibung eines Stück Viehs, Nichtbezahlung einer Kaufsumme, eines Darlehens oder Nichtleistung aus irgend einem anderen Schuldverhältnis, ist ganz gleichgültig. Für das objektive, ungewollte (Hegel: „unbefangene") Unrecht hat der Sinn des Wilden kein Verständnis, alles wird ihm zum subjektiven, gewollten Unrecht, zum Delikt, so wie das Kind die Verletzung, die es sich an einem toten Gebrauchsgegenstand zuzieht, der bösen Absicht dieses Gegenstands zur Last legt und ihn züchtigt. Alles Unrecht und alles Rechtswesen rückt somit unter einen kriminellen Gesichtspunkt. Zivilrecht und Strafrecht, sind, wie wir schon bemerkten, ungeschieden, aber die Normenwelt, die die ungetrennten Keime in sich faßt, ist ihrer Färbung nach entschieden strafrechtlich. Ihering, der diese Dinge in seiner klassischen Abhandlung vom Schuldmoment im römischen Recht, vielleicht seiner vollendetsten Leistung, in unübertrefflicher Klarheit aus-

[1]) In Rom zur Zeit der XII tab. Kompositionensystem neben wirklicher Strafverurteilung. (Unter den Strafen erinnert jedoch die aquae et ignis interdictio deutlichst an die ältere Friedloslegung.) An ersteres gemahnt das gangbare „poenas solvere" für „bestraft werden".

[2]) Später wird die Variabilität teilweise übermäßig stark. So in den [illegible]utschen Volksrechten. Über diese S. 83—84.

einandergesetzt hat, konnte sagen, das Strafrecht sei der Keim des Rechts und die Rechtsgeschichte die stete Verdrängung des Strafrechts. In der Tat, wir hören, wie in Rom nach dem Gesetze der 12 Tafeln die Konkursgläubiger das Recht hatten, den zahlungsunfähigen Schuldner in Stücke zu schneiden. Dabei liefen sie nicht einmal die Gefahr, der Shylock unterliegen sollte: „Si plus minusve secuerint, sine fraude esto.“ Noch im späten römischen Recht ist bei 4 Klagen, den Klagen aus Auftrag (mandatum), Vormundschaft (tutela), Gesellschaftsverhältnis (societas) und Verwahrungsvertrag (depositum) die Erinnerung daran festgehalten, daß sie ursprünglich nicht Klagen aus Vertrag, sondern wegen unerlaubter Handlung waren, indem der Verurteilte der Infamie verfiel (actiones famosae)[1]). Man sieht, wie noch im älteren Rechtsbewußtsein die Begriffe „Schuld“ als Leistungspflicht (obligatio, vergl. Teil II § 3) und „Schuld“ als schädliche Willensrichtung (dolus, culpa, vgl. Teil II S. 79 und S. 124) beieinander liegen, wie ihm „Schuldner“ und „Schuldiger“ dasselbe ist.

Wir unterlassen es, die langsame Differenzierung von Zivil- und Strafrecht zu schildern, um zu zeigen, wie einst auch formelles und materielles Recht, ohne deren Trennung wir Heutigen uns die Rechtsordnung kaum vorstellen können, undifferenziert beieinander lagen. Am ehesten läßt sich dies noch am Strafrecht klar machen. Der Strafvollzug kann als ein Teil des Strafverfahrens gedacht werden, und ordnen sich dann die materiellen Sätze über die Strafwürdigkeit als Sätze über die Abstufungen im Strafvollzuge bequem dem Prozeßrecht ein.

---

[1]) actio ist die römische Bezeichnung für Klage, Prozeß, (subjektives) Klagerecht, Anspruch.

Gunsten des einzelnen zu vergrößern, ohne seine Friedewirkung, die der Gesamtheit dient, zu mindern. Es zeigt sich aber, daß die rechte Erfüllung der ersteren Bedingung zugleich eine Stärkung in letzterer Richtung mit sich bringt, weil, je gerechter ein Recht ist, um so weniger die Rechtsgenossen zur Unzufriedenheit Anlaß haben.

Wir können diese Erörterung nicht abschließen, ohne noch den Gründen der einen Tatsache nachzugehen, die, wie dem aufmerksamen Leser nicht entgangen sein dürfte, für die besonders grundlegenden Verschmelzungen, selbst die von öffentlichem und Privatrecht, von materiellem Recht und Rechtsgang bestimmend ist, nämlich die Verschmelzung (Undifferenziertheit) von kriminellem und bürgerlichem Unrecht und die entsprechende von Strafrecht und Zivilrecht. Es bleibt modernem Empfinden verwunderlich, wie irgend eine Zeit zur Realisierung ziviler Ansprüche keinen andern Weg kennen sollte als die Strafklage. Es ist uns geläufig, daß derartige Ansprüche in dem vorangegangenen Rechtsgeschäft ihre Begründung finden. Aber das Rechtsgeschäft selber ist eben primitiven Zeiten etwas Fremdes. Und als seine Keime emporzuwachsen beginnen, da bleibt noch lange die eine wichtige Form der Verkehrsgeschäfte, die Kreditgeschäfte unbekannt, aus welchen heraus der Anstoß zur Bildung des Zellkerns alles bürgerlichen Rechtes, des Obligationenrechts (Rechts der Schuldverhältnisse vgl. Teil II S. 76) und zur Differenzierung des Obligationenrechts gegenüber dem Strafrecht hervorgegangen ist. Vielmehr gibt es zuerst nur Bargeschäfte, mit Hingabe Zug um Zug; die Hingabe gegen erst zu erwartende Erstattung ist dem Sinne des Wilden etwas viel zu Kompliziertes, zumal auch die Erfüllung bei den herrschenden Rechtszuständen so grenzenlos unsicher! Deshalb finden auch die Bar=

geschäfte meist unter Kenntnisnahme des ganzen Stammes, in der Volksversammlung, statt: das Rechtsgeschäft ist einem Sondergesetze völlig gleich und werden beide als dasselbe empfunden. Noch im ausgebildeten römischen Recht, als längst die Begriffe musterhaft differenziert sind heißt die rechtsgeschäftliche Bestimmung vielfach „lex“. Mit der Zeit reduziert sich zwar die Assistenz der Volksversammlung auf die von Zeugen[1]), und wird das Kreditgeschäft dergestalt aus dem Bargeschäft entwickelt, daß der Schuldner das Schuldobjekt im Wege eines Scheinkaufs gegen Hingabe eines Scheinpreises — „nummo uno“ — erhält. Aber es bleibt doch sehr lange wesentlich, daß die Gesamtheit oder eine Reihe besonders zugezogener Zeugen um die Transaktion weiß. Wer ohne solches Mitwissen etwas hat, dem glaubt man nicht, daß er es rechtmäßig habe; und ebensowenig nimmt man die Rechtmäßigkeit eines Erwerbes an, bei dem nicht die Hingabe eines Entgelts der Gesamtheit oder einer Zeugenschaft kund geworden. Gratis-Erwerb und dieblicher Erwerb sind für primitives Rechtsbewußtsein ununterscheidbar, weshalb es z. B. auf niedrigen Kulturstufen keine Schenkung gibt[2]).

Das Mitwissen ist natürlich für den prozessualen Beweis sehr erheblich. In der Hauptsache ist dieser sogenannter Gottesbeweis. Die Gottheit wird von der Partei im Wege der Selbstverfluchung angerufen, sie zu verderben, wenn sie im Unrecht sei. Aus der Selbstverfluchung stammt der noch heute unentbehrliche Eid her. Die Partei kann den Glauben an die Ehrlichkeit ihrer Selbstverfluchung, mithin ihren Beweis, nötigenfalls verstärken,

---

[1]) Vgl. auch Teil II S. 95.

[2]) Man sieht hier, wie sich das rechtsgeschäftliche Verschulden einer Leistung direkt aus dem deliktischen Verschulden entwickelt.

indem sie sich einer unmittelbaren Lebensgefahr aussetzt, d. h. sie schreitet zur Gottesprobe (Gottesurteil, Ordal). Die üblichsten Ordalien sind wohl Feuerprobe und Wasserprobe in verschiedenen Gestalten, aber auch Giftordal und Bestienordal kommt vor. Der Zweikampf, der ebenfalls unter den Ordalien genannt wird, hat eine doppelte Wurzel: er steht nämlich in erster Linie wohl mit der Fehde in Zusammenhang, als deren in Formen gepreßter Überrest er anzusehen ist[1]), doch gesellt sich einem solchen Zufallsspiel, wie der Zweikampf zu sein pflegt, von selber leicht die Meinung zu, daß in der Entscheidung die Gottheit spräche. Selbst das Eidverfahren erinnert noch vielfach an die alte Kampfnatur des Prozesses, indem mit jedem Streitteil seine Gesippen und wer sonst noch zu ihm halten mag, als „Eideshelfer" schwören, so wie sie einst als Waffenhelfer für ihn eintraten und noch (vgl. Anm. 1), wenn statt durch Rechtsgang durch Fehde die Sache zur Erledigung käme, für ihn eintreten würden.

Man sieht, in primitiver Zeit wird durch den Beweis nicht eine organische Überzeugung von den Tatsachen, eine materielle Wahrheit erzielt, sondern es reicht aus, wenn gewissen Beweisesformen Genüge getan, eine formelle Wahrheit erzielt ist. In solchen Zeiten besteht also ein formales Beweisverfahren[2]); erst eine spätere Stufe ringt sich zum materiellen Beweisverfahren durch. Denn in Begriffen und vielverschlungenen Gedankenketten denken, wie es jede nur einigermaßen ver-

[1]) Zeitlich liegen die Dinge aber so, daß meistens durch Jahrhunderte Fehde und Zweikampfordal als zwei gänzlich gesonderte Rechtsinstitute nebeneinander fortbestehen.

[2]) Übrigens wird durch materielles Beweisverfahren doch nicht notwendig materielle Weisheit erzielt, z. B. nicht im modernen Zivilprozeß; vgl. Teil II S. 113.

wickelte Prozeßsache fordert, gelingt den Menschen nicht so bald. Erst der Kulturmensch ist Denkmensch, der Naturmensch aber Sinnenmensch. Er arbeitet nicht so mit dem Verstande, als vielmehr mit dem Gedächtnis, denkt nicht in abstrakten Begriffen, sondern sinnt in konkreten, plastischen Bildern.

Danach gestaltet sich denn bei ihm nicht bloß der Beweis, sondern jegliches Rechtsverfahren. Und neben dem Mitwissen der Gesamtheit oder einer Zeugenschaft ist die Formgerechtigkeit das sicherste Mittel zur Erhärtung der Rechtmäßigkeit eines Vorgangs. Auch auf sie muß sich daher immer jenes Mitwissen erstrecken. Jede Handlung ist gültig, die in der durch die Tradition geheiligten Form vollzogen wurde, jede andere nicht. Jede Prozedur vollzieht sich nach strengen Regeln. Wer klagt, hat noch in ziemlich später Zeit wörtlich die uralte Klagformel herzusagen, eventuell mit hergebrachten Manipulationen zu begleiten, der Gegner in der Antwort dieselbe Formel, nur in negativer Form, zu widerholen [1]; wer sich verspricht, hat verspielt, und ebenso hat verspielt, wer irrtümlich mehr einklagt, als ihm zukommt (plus petitio); daß der Richter, wie es heute geschieht, das Zuviel einfach abstreichen kann, kommt niemand in den Sinn: der Kläger hat, so sagt man sich, nicht das gefordert, was ihm zukommt, sondern ein anderes, also muß er abgewiesen werden.

Die Form ist auf einer frühen Stufe nützlich, da sie geordnete Rechtsverfolgung bei noch unentwickeltem begrifflichen Denken allein ermöglicht, aber andrerseits ist

---

[1]) Im Rom der ältesten Zeit wurde z. B. abgewiesen, wer „de vitibus succisis" klagte, weil es eine traditionelle Klagformel nur „de arboribus succisis" gab. Erst später wurde auch eine Klage de vitibus succisis eingerichtet.

sie ein großes Hemmnis für die Rechtsentwicklung. Außerordentlich zähe hängen die Menschen an ihr. Durch Erschleichungen, Umgehungen, Verdrehungen des Sinns muß der Fortschritt im Recht sich helfen; alles wird möglich gemacht, wenn nur das Heiligtum der Form unangetastet bleibt[1]). Die feste Wurzelung der Form findet ihre Erklärung darin, daß fast durchweg die Formen nicht teleologisch ausgeklügelte und erlernte sind. Vielmehr untersteht das Handeln des Naturmenschen einem spontanen Typismus gemäß seiner geringen gedanklichen Uebung und der Zurückdrängung des individuellen Elements. Die Gleichförmigkeit der menschlichen Handlungen verliert sich erst im Emporkommen der Individualität. Sehr bedeutsam ist dabei auch die nur allmähliche Differenzierung von Recht und Sitte. Schon dadurch, daß sie Sitte ist, ist die typische Form der Rechtshandlung dem Naturmenschen geläufig, wie uns die Begrüßungsformen, die wir mit unseren Bekannten wechseln. Nun kommt dazu, daß die Rechtsform auch noch durchgängig zugleich religiöse Form und plastisch-poetische Form ist; alle älteste Rechtshandlung ist mimisch, und jeglicher älteste Rechtssatz poetisch geformt[2]).

5. Alle jungen Rechte sind dergestalt im Formalismus befangen. Doch muß man diesen Formalismus von einem anderweitigen unterscheiden, der in einer Reihe von Eigenschaften jenem entgegengesetzt beschaffen ist. Das Wesen alles Formalismus ist:

---

[1]) Ein schönes Beispiel ist die oben angedeutete Entwicklung des Kreditgeschäfts aus dem Bargeschäft. — Übrigens ist doch auch in einem Sinne die Form Helferin zum rechtlichen Fortschritt, insofern es nämlich Bräuche zu beseitigen gilt, die erhöhtes ethisches Feingefühl als Mißbräuche erkennt. Denn dadurch, daß man sie in Formen einschnürt, läßt sich eine Handlung auch erschweren. So vollzieht sich das Verschwinden des Kindesaussetzungsrechts im römischen und vielen anderen Rechten in der Weise, daß seine Ausübung immer mehr an Formen gebunden wird, bis unter dem Einfluß einer ethischen Religion, wie z. B. des Christentums, das Verbot ergeht. Ähnlich die Fehde (S. 56).

[2]) Vgl. auch Haberlandt, Völkerkunde, Samml. Göschen, Nr. 73 und Achelis, Soziologie, Samml. Göschen, Nr. 101.

es wird über der Schale der Inhalt vergessen: es verschwindet im Bewußtsein der Zweck des Handelns vor der überlieferten Form der Handlung oder vor dem Begriff, der Sinn vor dem Worte. Aber der eine Formalismus, derjenige der Rechte primitiver Kultur, auf welchen wir im Lauf der Untersuchung über die Anfänge des Rechts soeben geraten sind, hat seinen Grund, wie wir schon sahen, in der ungelenken geistigen Verfassung der betreffenden Epochen; es ist keine Wissenschaft da, die gedanklich stets erneuerbare Zusammenhänge an die Hand gibt; sondern bloß die plastische Form, deren Äußerlichkeiten im Gedächtnis haften bleiben, bewirkt und bewahrt die Rechtssicherheit. Die andere Art des Formalismus hingegen, die in entwickelten Rechten vorwiegend ihre Rolle spielt, stellt sich dar als ein Auswuchs rechtswissenschaftlicher Tätigkeit, als die Überspannung logischen Konstruierens. Der Formalismus der primitiven Rechte ist der Ausfluß naiver Unbeholfenheit, der des entwickelten Rechtes ein Werk der Tüftelei[1]). In dem einen ist es gedankenlose Übung des Hergebrachten, in dem anderen der Begriff, was den Zweck der Normen verschleiert. Da im ersten Falle das Bedürfnis sinnlicher Anschauung, im anderen ein gedankliches Extrem den Formalismus verschuldet, so kann man die beiden Arten, die wir bisher nur historisch (als Formalismus des primitiven und des entwickelten Rechts) unterscheiden konnten, systematisch als ästhetisch-symbolischen und als logischen[2]) Formalismus bezeichnen. Da ferner der eine sein Wesen aus der ursprünglichen Verquickung mit der Sitte herleitet, (er verschwindet deshalb in dem Maße wie die Differenzierung von Recht und Sitte sich vollzieht), dagegen der andere nur möglich ist, wo das Recht von der Sitte geschieden ist, und auf der Eigentümlichkeit logischer Verarbeitungsfähigkeit ruht, die gerade das Recht vor der Sitte auszeichnet, so kann man die beiden Arten auch als Sittenformalismus und Rechtsformalismus unterscheiden. Wir werden keiner der Terminologien den Vorzug geben, sondern sie stets paritätisch

---

[1]) Diese gefällt sich in schematischen Subsumtionen, während ihr der Zweckgedanke verloren geht, der in der imperativischen Norm, so sehr diese auch Willkürgebot sein und Gehorsam heischen mag, nicht weil sie zweckmäßig, sondern weil sie Norm ist, sich lebendiger hält als im bloßen Begriff, in dem er leicht ganz verblaßt. (Ihering. Vgl. hier S. 193.)

[2]) Letztere Bezeichnung ist noch aus anderem Grunde gerechtfertigt. Vgl. S. 127.

anwenden, also ausführlich: „ästhetisch-symbolischer[1]) oder Sittenformalismus“ und „logischer oder Rechtsformalismus“ sagen.

Je mehr die denkende Vernunft im Recht ihre Macht ausbreitet, desto mehr entkleidet sich die Form der Rechtshandlungen des plastischen, sinnenfälligen Zeremoniells und hüllt sich in das schmucklosere Gewand des Wortes. Die Entwickelung vollzieht sich dergestalt, daß die die symbolischen Handlungen begleitende Rede immer mehr in den Vordergrund tritt. Am Ende verblassen diese ganz, verschwinden schließlich. Das maßgebende bleibt der in altüberlieferter festbestimmter Wortform gehaltene Vortrag. Insofern fällt das Zeremoniell nicht, als die bestimmte Wortform (certa verba)[2]) zunächst unumgängliches Erfordernis bleibt. Man nennt bekanntlich bestimmte Worte, in denen ein Geistesinhalt (z. B. zum Zwecke der Gedächtnissicherung) ausgedrückt wird, eine Formel. Solche Formeln entfalten nun auf dem Gebiete des Rechts eine unabsehbare Wirksamkeit. Aber in zweierlei Gestalt. In der älteren Formel ist, wie mehrfach bemerkt, die bestimmte Wortform unerläßliches Erfordernis, deren Fehlen den Akt unerläßlich macht. Die Formel selbst ist die gesetzliche Form des Aktes; wir können diese Art als „Form-Formel“ bezeichnen. Erst in langsamer Entwicklung werden gewisse Variationen der Worte, die man als unschädlich erkennt, zugelassen (vgl. das Beispiel der arbores und vites succisae S. 57) und damit beginnt der Verfall der Formformel; sie hat die Vorstufe gebildet, auf der eine mit der logischen Kombination der Begriffe in Freiheit vom Worte waltende Rechtspflege sich erheben kann.

Jedoch auch nachdem diese ausgebildet ist, bleibt man sich bewußt, wie sehr formelmäßige Ausprägung der Rechtshandlungen

---

[1]) Den Formen des ästhetisch-symbolischen Formalismus kommt regelmäßig auch ein ästhetischer Gefühlswert zu. Man wird, dem Charakter des Rechts gemäß, zunächst an Ernst und Feierlichkeit denken. Aber das Heitere ist keineswegs ausgeschlossen (vgl. insbes. Gierke, Humor im Recht). Auf frühen Stufen sind sogar Rechtsformen orgiastischer Natur zu beobachten.

[2]) Die Bestimmtheit der Worte, dann aber auch besondere, meist archaistisch-ehrwürdige oder religiös-poetische Färbung pflegen ihnen insgemein einen Anstrich der Feierlichkeit zu geben, so daß sie meist als certa et solennia verba auftreten. Der Charakter der Feierlichkeit ist überhaupt etwas für Rechtsformen so charakteristisches (vgl. Anm. 1), daß man jede einigermaßen bedeutsame gesetzliche Formalität als „Solennitätsakt“ bezeichnen kann. Die Formen der Solennitätsakte greifen teilweise auf uralte Symbolik zurück.

(insbesondere in den Protokollen und sonstigen Urkunden) dem Betriebe der Geschäfte nützlich ist, da sie dem Gedächtnis bequem ist und den Behörden die Arbeit erheblich erleichtert. Man hält sie also vielfach fest, auch wo sie gar nicht vorgeschrieben ist und gelangt so zum Formular. Die Benutzung der Formel ist hier dieselbe, wie sie sich auch bei den in der Mathematik, den Naturwissenschaften und der Logik gebräuchlichen Formeln ergibt. Die Formular-Formel hat ihre Eigenart, die sie von der Formformel scheidet, darin, daß man sie anwendet, wenn es bequem erscheint, die Gültigkeit des Aktes aber in keiner Weise an sie gebunden ist. Die Form selbst ist im heutigen Rechte keineswegs beseitigt, sondern spielt vielmehr eine wichtige Rolle, vgl. Teil II S. 60. Aber sie fordert meist nur ein dem Sinne nach bestimmtes Verfahren, während die Worte gleichgültig sind. Ob die Parteien und Behörden sich im übrigen an irgend eine Formularformel klammern, oder vertrauend auf ihre Fähigkeit den Sinn der Formvorschriften zu beherrschen, sich in eigenen Worten ausdrücken wollen, bleibt ihnen überlassen[1]). Das Material an vorhandenen Formularformeln stammt teilweise noch aus der Rüstkammer des alten Rechtszeremoniells[2]), zum größeren Teil aber wird es in Privatarbeiten — oder, was jetzt im weitesten Umfang geschieht — amtlich, in künstlicher Gedankenarbeit hergestellt.

6. Die Rechtsentwickelung ist nicht verständlich ohne die Entwickelung der Gesellschaft, in der das Recht herrscht. Wir erinnern uns, wie die naturrechtliche Behandlung der Frage nach der Entstehung des Rechts stets die nach der Entstehung des sozialen Wesens mit in die Erörterung zog.

a) Die Gesellschaft ist der Inbegriff der menschlichen Verbände, mögen sie nun auf dem Rechte, der Sittlichkeit oder der bloßen Sitte beruhen. Ursprünglich gibt es nur

---

[1]) Von eigentlichen Formformeln ist nur weniges erhalten. Am wichtigsten die verschiedenen Eidesformeln, die übrigens als Akte besonderer Solennität auch noch einen Rest symbolischen Zeremoniells (das Erheben der rechten Hand) in nebensächlicher Bedeutung bewahrt haben.

[2]) Häufig verblassen Formformeln zu Formularformeln (z. B. das Valutabekenntnis auf dem Wechsel. Vgl. Samml. Göschen, Nr. 103, Wechsellehre. Selten, aber nicht ausgeschlossen ist die Erhebung von Formularformeln zu Formformeln.

sehr wenige der Qualität nach verschiedene Verbände, die aber das Individuum ganz in sich gefesselt halten, dergestalt, daß alle kulturelle [geistige] Betätigung im Rahmen des einen, kleinen, wenige Menschen umfassenden Verbandes sich abspielt. Durch Verschmelzung der kleinen Verbände (Synthese) entstehen allmählich größere und immer größere. Aber die Zahl der Verbände sinkt damit nicht, sie steigt vielmehr. Das Bedürfnis, das zur Vereinigung getrieben, liegt in der Erstarkung des Individuums, das größere Tätigkeitsfelder sucht. Das schließt in sich, daß die Kulturtätigkeit intensiver und mannigfaltiger geworden, insbesondere aber auch mehr verteilt worden ist, und bedarf es dann zur Befriedigung all der neu erwachsenen Interessen auch neuer speziellerer Verbände. Und so geht mit der Synthese stetig die Differenzierung Hand in Hand.

b) Gewissermaßen das Uratom, oder besser das Keimplasma des gesellschaftlichen Stoffs benannten wir mit dem ziemlich unbestimmten Namen der *Gruppe*. Die Gruppe ist *Horde*, so lange sie für sich allein ein von den übrigen getrenntes Dasein führt. So heute noch die Weddas, die Buschmänner und etliche Australier. Auf höherer Stufe verschmelzen mehrere Gruppen zum Stamm. Aber auch noch in diesem bildet die Gruppe eine festgeschlossene Einheit, deren Kitt die Blutsverwandtschaft abgibt. Sie bildet eine Kultgemeinschaft für sich mit teilweise eigenen Göttern, insbesondere natürlich soweit der Ahnenkultus reicht. Sie bildet anch eine Wirtschaftsgemeinschaft zu gemeinsamer Produktion und Konsumtion und gemeinsamem Eigentum. Vielfach bewahrt sie noch besondere Bräuche und in gewissen Beziehungen besondere Lebensanschauungen. Die Familienähnlichkeit ist nicht bloß für das Äußere, sondern auch für den

Charakter sehr groß zu denken und bewirkt einen starken Typismus in den Handlungen. Demgemäß ist auch, was der einzelne tut, Handlung der Gruppe. Was aus der Handlung erworben wird, kommt der Gruppe zu. Andererseits muß sie auch für dieselbe einstehen, evtl. büßen. Dem kollektiven Dasein entspricht ein kollektiver Name. Der Name ist kein Begriffsname, sondern ein Bildname, fast immer ein Tiername. Die Gruppe heißt z. B. „Schildkröte". „Schildkröte hat das und das getan" heißt dann so viel wie: ein Krieger aus der Gruppe Schildkröte hat es getan" oder „die Gruppe hat es getan", und wird in den ältesten Zeiten dazwischen wenig Unterschied empfunden. Das Bild des Tiers wird von den Mitgliedern tätowiert getragen und auch sonst noch in Kleidung und Schmuck versinnbildlicht (z. B. in der Form der Skalplocken bei den nordamerikanischen Indianern). Die Gruppe sieht in dem Tiere eine lebendige Persönlichkeit, der göttliche Verehrung zukommt und fühlt sich Geist von seinem Geiste. Man nennt es Totem nach dem Worte der Indianer, bei denen der Totemismus zuerst beobachtet wurde. Der Wolfstotem einer latinischen Horde ist das Wahrzeichen des größten Rechtsvolks geworden.

c) Die Horde bewahrt nach außen hin die sprödeste Abgeschlossenheit und desgleichen tut auch der Stamm. Mit allen anderen Horden bezw. Stämmen besteht ewiger Kriegszustand; Fremder und Feind sind gleichbedeutend. Lat. hostis und dtsch. „Gast" sind in der Wurzel identisch. Ein Vertrauensverhältnis zwischen Angehörigen verschiedener Stämme ist nur möglich durch (mehr oder minder vollkommene, dauernde oder vorübergehende) Aufnahme des Fremden in den Stammesverband. Dabei spielt das Institut der Gastfreundschaft eine große

Rolle. Auch in dem nächsthöheren Stadium dauern diese Zustände vorläufig fort[1]).

d) Es ist das Stadium der **Völkerschaft** (civitas); die Völkerschaft geht hervor aus der Zusammensiedelung mehrerer Stämme, Synoikismus genannt, auch wohl aus starker Ausbreitung eines Stammes. Im Völkerschaftsstadium sind die Kulturvölker des Abendlandes in das Licht der Geschichte getreten. Die Völkerschaften sind die bewußten politischen Einheiten bei den Galliern und den Germanen in cäsarianischer und taciteischer Zeit, ebenso wohl bei den Römern im Beginn ihrer Geschichte. Diese gleichwie auch die meisten der bedeutenden hellenischen Völkerschaften haben das Gedächtnis an den Synoikismus in ihren Stammsagen wohl bewahrt. Der Eintritt in die Geschichte knüpft sich deshalb an die Erreichung des Völkerschaftsstadiums, weil die Völkerschaft zuerst einen mehr als rudimentären Staat zu bilden imstande

[1]) Sehr interessant und zur richtigen Würdigung der antekulturalen Zustände unentbehrlich ist die erst durch neuere Forschungen besser erschlossene Familienverfassung der Vorzeit. Ursprünglich scheint innerhalb der Horden **Hetärismus** oder **Gesamtehe** zu herrschen, d. h. alle Männer sind mit allen Frauen in Geschlechtsgemeinschaft, und zwar ausschließlich, d. h. durchaus nicht mit Angehörigen anderer Gruppen. (**Endogamie.**) In der Stammesverfassung finden wir zuerst **Gruppenehe**, d. h. alle Männer eines Totems nehmen alle Frauen eines anderen in Besitz — mit **Exogamie**, d. h. nur zwischen Mitgliedern verschiedener Gruppen darf Geschlechtsgemeinschaft stattfinden. Bei solchen Zuständen ist natürlich die Paternitätsfrage unlösbar und werden alle Verwandtschaftsverhältnisse nur in der weiblichen Linie gerechnet. Respektsperson ist der Mutterbruder, nicht der Vater (**Avunkulat**), Erbe der Häuptlingswürde nicht der Sohn, sondern der Schwestersohn zc. Man heißt diese ganze Familienverfassung „**Mutterrecht**". Sie findet sich noch heut bei manchen wilden, Erinnerungen an sie bei zahlreichen halbkultivierten Völkern. Erst spät entsteht das „**Vaterrecht**", zuerst polygam, später monogam, bei dem die Frauen (mehrere oder eine) ausschließlich einem Manne gehören. Die Verwandtschaft wird nun zunächst nach dem Mannesstamme allein gezählt (Agnatisches System, so das römische ius Quiritium und das älteste deutsche Recht), erst später in Mannes- und Weiberstamm (kognatisches System), wie denn schließlich bei Hebung der Stellung der Frau das Vaterrecht durch **Elternrecht** ersetzt wird. Dem Vaterrecht, namentlich dem frühen, ist eine unumschränkte Gewalt des pater familias gegen die Hausangehörigen, mit ius vitae et necis, eigentümlich; besonders zähe hat es sich in der römischen patria potestas erhalten.

ist. Wir finden ihn bei Griechen und Italikern als πόλις oder Stadtstaat, bei Kelten und Germanen als Flächen- oder Territorialstaat. Wiewohl im Völkerschaftsstadium zum mindesten in reiferer Zeit bereits der Friedensstand dem menschlichen Bewußtsein als Regel gilt, so hören doch tatsächlich die Kriege nie auf; die einzelnen Völkerschaften suchen einander den Rang abzulaufen und jede bedeutendere strebt alle anderen zu unterjochen. In dieser Weise aber bahnt sich die Verschmelzung der Völkerschaften zu nationalen Staaten an. Sie gelang bekanntlich den Griechen nur sehr unvollkommen, den Römern gut, wie sie bedeutenden Nationen Vorder- und Ostasiens schon in unvordenklich früher Zeit gelungen ist. Sie erfüllt aber auch diejenige Völkergeschichte, die wir als die mittelalterliche und neuzeitliche zu bezeichnen gewohnt sind.

Mehrmals schon hat auch die Entwickelung einen Anlauf zur Herstellung übernationaler Verbände mit staatlicher Machtfülle genommen, z. B. im Römerreich und seinen Fortsetzungen, der römischen Kirche und dem römischen Reiche Deutscher Nation, ähnlich auch in den islamitischen Kalifenreichen, aber sie waren vorzeitig und auf die Dauer nicht lebensfähig. Das Stadium des nationalen Staates muß durchgekämpft und in seiner kulturellen Mission erschöpft werden, ehe es Umfassenderem Platz machen kann. Diese Mission hat sich als eine so große erwiesen, daß heutzutage manche Geschichts- und Rechtsgelehrte den nationalen Staat als Ziel jeglicher Entwickelung ansehen und darüber des Humanitätsideals völlig vergessen.

e) Während die Zahl der Horden und Stämme unter den Menschen unübersehbar, die der Völkerschaften allenthalben recht groß gewesen ist, war die Zahl der nationalen Staaten, schon ihrer Größe halber immer eine

kleine. Es wurde aber schon erwähnt, daß trotzdem die Zahl der menschlichen Verbände sich im Laufe der Entwickelung durchaus vergrößert, indem sie sich vermannigfacht. Die auffälligste Triebfeder zur Synthese der Verbände, wie sie soeben kurz skizziert ist, ist die militärische Not. Das Bedürfnis des Schutzes gegen auswärtige rassenfremde Feinde hilft die Stämme zu Völkerschaften, die Völkerschaften zu Nationalstaaten einen. Aber es sind denn doch auch die Betätigungen des Friedens, die dazu beitragen, denn ein ständiges Interesse ist die Rechtssicherheit auf möglichst großem Gebiet. Und sie treten um so gebieterischer auf, um so zahlreicher sie sind, und um so mehr sie sich auf verschiedene Menschen verteilen, und um so mehr die verschiedenen Menschen es vermögen, ihre verschiedenen Interessen ohne Rücksicht auf den politischen Verband zu vertreten, also mit dem Wachsen der Individualität. Die Vertretung dieser Interessen führt die Menschen zu vielen mannigfaltigen neuen Verbänden zusammen. War ursprünglich politischer, wirtschaftlicher und Kultverband eines, ja selbst all dies im Familienverband vereinigt, so sind heute die Verbände rechtlicher, sittlicher und sittenmäßiger Natur kaum zu zählen, zu denen die Menschen in Ausübung der Kulturtätigkeit sich zusammenschließen, und in deren Mehrzahl, im Gegensatz zu der spröden Beständigkeit der Verbände der Urzeit, ein fortwährendes Fluktuieren herrscht!

f) Was die Entwickelung der Verfassungen angeht, so läßt sich eine allgemeine Typenreihe, die Anspruch auf wissenschaftliche Genauigkeit machen könnte, noch nicht aufstellen. Bekannt ist der frühe Übergang vom Königtum zur aristokratischen Republik in den gräko-italischen Stadtstaaten, welch letztere dann vielfach noch zur demokratischen Republik sich wandelte. Bei der Herstellung

des nationalen und damit notwendig territorialen Staats setzt wieder die Monarchie ein. (Alexander M., die Diadochenreiche, Cäsar und der römische Prinzipat.) Die westgermanischen Völkerschaften bildeten während und nach der Völkerwanderung die überwiegend republikanische Staatsform zur monarchischen um, die ostgermanischen hatten schon lange vorher das Königtum.

Eine in Territorialstaaten auf bestimmter Entwickelungsstufe sehr häufige Erscheinung ist das Lehnsystem, d. h. diejenige staatliche Ordnung, bei welchem die Würdenträger „Vasallen" sind, die selbst über eine größere oder kleinere Herrschaft erblich gebieten und dem gemeinsamen Oberhaupt gemeinhin nur zu Kriegshilfe und Tribut verpflichtet sind, wie sie dann auch selber wieder über Vasallen zu gebieten haben. Man hat das Lehnswesen außer im europäischen Mittelalter aufgefunden z. B. in Babylonien zur Zeit des Gesetzes Hammurabis, im alten Ägypten (mittleres Reich), im mexikanischen Aztekenreich, in Japan vor den modernen Reformen, im heutigen Abessinien. — Vgl. S. 88 ff.

g) Die Rechtserzeugung findet, da es ursprünglich keine Gesetze gibt, zunächst einfach im Wege der laufenden Rechtsprechung statt. Diese ist zuerst Sache der Volksversammlung, welche zugleich Heeresversammlung ist, so noch bei den Germanen der taciteischen Zeit. Da beim Anwachsen der Volksmenge sowohl die Zahl der Rechtshändel wächst als auch andererseits der Apparat der Volksversammlung immer schwerfälliger wird, so werden Richter in geringerer Zahl als Vertreter des Volkes abgezweigt, so in Deutschland die Schöffen, in Rom der iudex privatus. Dabei finden wir aber sowohl hier wie dort eine scharfe Trennung von Friedewirkung und Gerechtigkeitswirkung im Verfahren, indem nämlich die Ge-

samtheit in einem Gerichtsherrn dabei noch eine besondere Vertretung findet. Gerichtsherr ist in Deutschland zuerst der Fürst, später der königliche Beamte (Graf), im Königsgericht der König selber. In Rom ist es der Prätor. Sie wahren den Gerichtsfrieden, haben aber keinerlei richterliche Funktion. Der Deutsche Gerichtsherr führt in der Verhandlung, in welcher der „Umstand" (Volk, später Schöffen) das Urteil findet, den Vorsitz. In Rom sind die Verhandlungen vor dem Prätor und vor dem iudex privatus als „Verfahren in iure" und „Verfahren in iudicio" sogar zeitlich getrennt. In iure wird das Streitverhältnis festgestellt und den Parteien vom Prätor der iudex privatus zugewiesen. Alle römischen Prozeßformeln beginnen mit der „iudicis datio": „Titius iudex esto".

Das angewandte Recht ist zuerst das allgemein gewußte Volksrecht. Aber je mehr die Verhältnisse sich komplizieren, desto mehr zieht sich die Rechtskenntnis auf einzelne zurück. Namentlich die Priesterschaft, bei der ja auch zuerst die Kunst des Schreibens ihre Stätte findet, tritt als Hüterin der Gesetze auf. So in Rom die pontifices. Auf dieser Stufe steht wohl Rom, von wo es ausdrücklich bezeugt ist, nicht allein damit, daß die Priesterschaft ihre Rechtskenntnis zu gunsten der herrschenden Klasse, der sie angehört, mißbraucht. Um ihrer Willkür zu entgehen, und auch um sonstiger augenfälliger Vorteile willen verlangt man bald nach Aufzeichnung des Rechtes. Sie pflegt zunäch stin Privatarbeiten zu geschehen; solche Arbeiten gelten ihrer Zeit mit Recht als geistige Großtat; freilich sind es eben meist Zeitalter, in denen es schon als erstaunlich gilt, schreiben zu können. Erst später folgen amtliche Aufzeichnungen, und zwar meist auch zunächst nicht echte Gesetzgebung (mit Fortbildung

des Rechts), sondern bloße Aufzeichnung des bestehenden Gewohnheitsrechts, also Satzung.

Die Rechtsfortbildung bleibt zunächst immer noch vorwiegend der Rechtsprechung überlassen. Sie macht aber, sobald die Einrichtung amtlicher Organisation einigermaßen gefestigt ist, einen bedeutenden Fortschritt. Das alte, starre Volksrecht, wie es das in den 12 Tafeln fixierte ius Quiritium in Rom, die „Volksrechte" in Deutschland waren, erhalten einen Mitbewerber, der ihnen schließlich über den Kopf wächst. Es war nämlich der Deutsche König im Königsgericht, und ebenso der römische Prätor, an das Volksrecht nicht gebunden. So tritt dem Volksrecht (ius civile) ein fortschrittliches, beweglicheres Amtsrecht gegenüber (ius honorarium, auch ius gentium, weil die Grundsätze vielfach von den umwohnenden Völkern entnommen wurden, wie denn die Epoche des Amtsrechts zugleich eine solche der Besserstellung der Fremden ist). In Rom ging es so weit, daß der Prätor alljährlich bei seinem Amtsantritt an Tafeln auf dem Forum (album) ein „Edikt" anschlug, in dem er die Rechtsgrundsätze bekannt machte, die er abweichend vom ius Quiritium zur Anwendung bringen wollte. Ebenso der Ädil; daher edictum praetorium und edictum aedilicium, zusammengefaßt: edicta magistratuum. Ein Teil des Edikts blieb mit der Zeit ständig: edictum tralaticium, edictum perpetuum.

Das Verfahren nach Amtsrecht ist in Rom von dem nach Volksrecht insofern verschieden, als im letzteren in der Klagformel, die in iure zustande kam, einfach auf das ius civile zu verweisen war, aus dem der Anspruch sich herschrieb: die actio war legis actio. Im amtsrechtlichen Prozeß konnte dies nicht geschehen, da das Volksrecht als solches (formell) nicht bindend war, viel-

mehr wurden hier die vom Prätor eigens aufgestellten und den Parteien im Edikt proponierten Klageschematismen (formulae) maßgebend. Dadurch, daß seine Formeln weit mehr mit juristisch denkendem Geiste und viel beweglicher gestaltet waren als die des Legisaktionenprozesses, gelangte der Formularprozeß, der ursprünglich nur für die Rechtshändel mit und unter Fremden, für die das ius Quiritium nicht galt, eingerichtet war, dazu, jenen gänzlich zu verdrängen.

2. Abschnitt.

Die Entwickelung des Rechts der zivilisierten Welt.

(Römische und Deutsche Rechtsgeschichte.)

I. § 5. Allgemeines.

Wir wählten die Beispiele für die im letzten § aufgestellten Typen der Rechtsentwickelung nicht bloß deshalb vorwiegend aus der römischen und deutschen Rechtsgeschichte, weil in diesen beiden der Stand der wissenschaftlichen Durcharbeitung der höchste ist, und daher die Nachrichten am sichersten sind. Sondern in der Hauptsache, um sie bei der Erfüllung der nunmehr sich erhebenden Aufgabe zu grunde legen zu können, bei der Darstellung der Rechtsbildung in der zivilisierten Welt. Die Rechtsgeschichte der zivilisierten Welt aber ist romanisch-germanische Rechtsgeschichte. Romanen und Germanen haben den Bau des Rechts, wie es heute ist, ebenso wie den aller übrigen Kultursysteme emporgeführt. Die Rechtszustände bei den Slaven und anderen mehr sind einesteils dem romanisch-germanischen Werke abgesehen, andernteils treten sie, soweit altüberliefert und bodenständig, in

seltsamen Gegensatz zum Recht der älteren Kulturnationen. In der Geschichte germanischen Rechts aber ist kraft wechselvoller Schicksale sowohl wie hervorragender wissenschaftlicher Förderung die deutsche Rechtsgeschichte in den Mittelpunkt des Interesses gerückt[1]).

II. § 6. Römische Rechtsgeschichte[2]).

1. Die römische Rechtsgeschichte läßt sich sehr schwer periodisieren. Man teilt sie am besten in die Epoche der Monarchie (seit Cäsar) und in die der Republik einschließlich der sogenannten Königszeit. Rom tritt bekanntlich in die Weltgeschichte als ein kleines Ackerbürgerstädtchen der Latiner mit wahrscheinlich frühen Anfängen eines bescheidenen Seeverkehrs. Aber dies kleine Gemeinwesen stellt sich von vornherein als eine rechtlich weit entwickelte Staatsexistenz dar. In die Urzeit des italischen Rechtes führt die römische Rechtsgeschichte nicht hinab. Die Stellung des Königs und der später ihn ersetzenden republikanischen Beamten, des Senats und der Volksversammlung erscheinen früh auf sicherem Rechtsboden abgegrenzt. Heeresdienst und Finanzverwaltung sind in sehr bestimmte Formen gekleidet. Im Prozeß weisen überlieferte Schwerfälligkeiten, denen freilich das ius gentium allmählich den Boden entzog, sowie Formen und Namen auf primitive Zustände zurück, aber die tatsächliche Handhabung zeigt eine für den Zustand des kleinen Stadtstaats erstaunlich hohe Entwickelung. Den Spuren eines formellen Beweisrechts begegnen wir eigentlich nirgends mehr; alles deutet darauf hin, daß in den

---

[1]) Selbst für die Neuzeit aber bleibt die deutsche Rechtsgeschichte deswegen paradigmatisch, weil das moderne deutsche Recht mehr als alle anderen an den Errungenschaften der übrigen Rechte teilgenommen hat.

[2]) Vgl. Koch, Röm. Gesch., Bloch, Röm. Altertumskunde, Samml. Göschen Nr. 19 und 45.

ältesten Zeiten, deren die Römer selbst sich historisch entsannen, ein solches schon im Gedächtnis nicht mehr fortlebte. Dasselbe Bild zeigt das Privatrecht. Privateigentum an Grund und Boden wie an beweglichen Sachen ist von der ersten historischen Zeit an vorhanden, nur die Austeilung des eroberten Kulturlandes (ager publicus) in Prekarien an die Bürger, so daß es offiziell Gemeindeeigentum war, erinnert an den früher auch hier sicherlich herrschenden Zustand des Kollektiveigentums. Weiterhin kennt schon das älteste ius civile sehr bestimmt ausgeprägte Rechte an fremder Sache: die Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) iter, actus, via, aquaeductus, das sind die Rechte, einen Fuß- und Reitweg, eine Viehtrift, einen Fahrweg oder eine Wasserleitung über ein fremdes Grundstück zu haben. Auch das Pfandrecht ist in einer einfachsten Form des Faustpfandes sehr alt. (Sogen. fiducia: dem Pfandgläubiger wird die Pfandsache mit der Abrede der Rückerstattung nach Zahlung der Schuld zu Eigentum übertragen.) Vom Schuldrecht haben wir bereits im § 4 einiges berichtet; auch dies ist trotz seiner Formstrenge, Schwerfälligkeit und Härte ein verhältnismäßig entwickeltes zu nennen. Es birgt die Anlagen in sich, die es befähigten, zum Bannerträger des römischen Privatrechts beim Siegeszuge durch die Welt zu werden. Im Familienrecht ist, wiewohl agnatische Gestaltung[1]) herrscht und die gentes lange Zeit politische Bedeutung behalten, ein engerer genossenschaftlicher Zusammenhang nur noch gering und der Rest in sicherem Absterben. Nur erhält sich als eigentümliches Denkmal die strenge Gewalt des Hausvaters über die Seinen (patria potestas, noch lange mit ius vitae et necis).

---

[1]) Siehe auch Teil II S. 89.

An etwa vorhergegangenes Mutterrecht erinnert nichts. Sehr früh ward endlich unter Zulassung der letztwilligen Verfügungen ein Erbrecht ausgebildet. Einzig das religiöse Ritualrecht (ius sacrorum) und Teile des Strafrechts hatten altertümlichen Charakter. Auch wurden Straf- und Zivilprozeß nicht unterschieden.

2. Nun aber entfalteten sich im Laufe der Jahrhunderte der Geschichte Roms die vorhandenen Keime in großartigster Weise mit dem schon geschilderten Eindringen des ius gentium. Im Prozeß wich die ungelenke legis actio der bequemen, mannigfach verwendbaren formula, die sich immer mehr der Aufgabe anpaßte, die vervielfältigten Rechtsinstitute in korrekten Streitverhältnissen zu fassen. Unter den materiellen Rechtsverhältnissen wurden die sachenrechtlichen bereichert durch allmähliche Ausgestaltung eines eigentlichen Pfandrechts, das nicht mehr auf den Eigentumsbegriff zurückbezogen zu werden brauchte (pignus, das dem Gläubiger übergebene „Faustpfand", hypotheca, das in Händen des Schuldners zurückbleibende Pfand), sowie durch Schaffung neuer Dienstbarkeiten (außer an ländlichen auch an städtischen Grundstücken und schließlich auch an beweglichen Sachen. Vor allem Nießbrauch („usufructus"). Seine höchsten Triumphe aber feierte der Zug der römischen Rechtsentwickelung, je mehr Rom zum Mittelpunkte des antiken Weltverkehrs ward, im Obligationenrecht (Schuldrecht). Mannigfache Formen des Geschäftsabschlusses wurden erfunden, besonders freiere, die die Schwerfälligkeit der alten Bargeschäfte und in verba sollennia gekleideten Abschlußformeln wegräumten, und vor allem die größere Anzahl der noch heute den Verkehr beherrschenden Schuldrechtsinstitute. Vgl. Teil II § 3. Auch das Familienrecht wird ergänzt und geebnet: an Stelle der Agnation rechnet

man nach der Kognation[1]), Eherecht und besonders Vormundschaft empfangen bedeutsame Neuerungen. Das Erbrecht erhält allmählich die Ausgestaltung, die es zum feinstgewebten Teil des römischen Rechtes macht.

3. So ist im Beginn der christlichen Zeitrechnung und der Kaiserzeit das römische Recht bereits auf ausgezeichnet hoher Stufe angekommen und fähig, die Welt, die das Schwert erobert, mit seinen Normen zu regieren. Der nunmehr einsetzende Aufschwung der Rechtsentwickelung zugleich mit der Ausgestaltung der Reichsverfassung und der allmählichen Herstellung der Rechtseinheit im weiten Umkreis des imperium Romanum unter dem monarchischen Regimente weisen ihr noch glänzendere Bahnen. Bisher waren Volksbeschlüsse, Plebiszite, Senatuskonsulte und die Edikte der Magistraturen (insbesondere Prätor und Ädil) die Quellen des römischen Rechts gewesen, zu ihnen traten nun die kaiserlichen Verordnungen und Verfügungen und die Gutachten der mit dem „ius respondendi" begnadeten Rechtsgelehrten[2]). Ihr Werk ist vornehmlich die Entwickelung,

---

[1]) Vgl. Teil II S. 90.

[2]) So zählt Justinians Rechtsbuch sie auf: lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. Die römischen Rechtsgelehrten erteilten Rechtsuchenden (gratis!) Gutachten. Diese Tätigkeit war frei; wer von ihnen aber das „ius respondendi" erhielt, dessen Gutachten waren für den Richter bindend. Uns, denen der Satz „Iura novit curia", d. h. „das Gericht kennt das Recht von Amts wegen" in Fleisch und Blut übergegangen, erscheint das sehr befremdlich. Doch sicher haben die Kaiser im ius respondendi nur eine bestehende Sache sanktioniert. War doch der iudex privatus Laie, das Recht jedoch schon in der späten Republik so stark kompliziert, daß ein Laie nicht mehr sicher darin arbeiten konnte und nach Rechtsbelehrung tasten mußte, wo immer er hoffen konnte welche zu finden. An der Wende des Rechts vom Volkstümlichen zum Wissenschaftlichen finden sich solche Erscheinungen öfter. Die Rechtsbücher des deutschen Mittelalters (S. 92) waren auch nur private Aufzeichnungen, und doch wurden sie in kürzester Zeit autoritativ maßgebend. Man mag auch an die große Nachfrage denken, die im Beginn der Rezeptionszeit die gelehrte und halbgelehrte Literatur des römischen Rechts in Deutschland fand. Endlich haben wir noch heute auch für unsere Laienrichter in Schöffen- und Schwurgerichten eine staatlich vorgeschriebene Rechtsbelehrung, die allerdings in der Sitzung durch den Vorsitzenden des Gerichts erteilt wird.

die diese sogenannte klassische Zeit der römischen Jurisprudenz hervorbrachte. Zur Seite ging ihnen dabei die Tätigkeit solcher Juristen, die weniger respondierten, als in Rechtsschulen lasen. Beide Elemente entfalteten eine gewaltige schriftstellerische Tätigkeit. M. Antistius Labeo und C. Atejus Capito standen um die Wende der Zeitrechnung da als Häupter zweier einander bekämpfender Richtungen, der Prokulianer und der Sabinianer; vor ihnen hatte S. Sulpicius Rufus, den Cicero einmal verteidigte, als iurisconsultus großen Ruf. Cajus, vermutlich Lehrer an einer Rechtsschule, war der Verfasser von 4 Büchern „Institutionen", die offenbar lange das gangbare Lehrbuch der römischen Studierenden waren und uns annähernd vollständig überliefert sind. Die berühmtesten der klassischen Juristen haben auch in hoher Staatsstellung Gelegenheit gehabt, ihre Wissenschaft zu verwerten, viele von ihnen erreichten die Stellung des Prätorianergenerals, der mit der Zeit zum Gehilfen des Kaisers in dessen oberstrichterlicher Tätigkeit geworden war. Als den größten unter ihnen sieht die alte und die neue Welt den Papinianus an, den Caracalla umbringen ließ, angeblich, weil er den Auftrag des Despoten, den Mord seines Bruders Geta vor dem Senat zu rechtfertigen, mit der illoyalen Bemerkung abgelehnt hatte, es sei leichter, so etwas zu tun als zu rechtfertigen. Am nächsten kamen ihm Ulpianus, den seine Prätorianer vor den Augen Alexander Severs ermordeten, und Julius Paulus[1]). Aber auch der geniale Celsus Scävola[2]), der den Nagel auf den Kopf treffende Entscheidungen in Fülle bringt, ohne sich je zu einer Erläuterung herabzulassen,

[1]) Die drei letztgenannten werden zusammen mit Herennius Modestinus die „klassischen Juristen" κατ' ἐξοχήν genannt.

[2]) Es gab übrigens zwei dieses Namens.

und Salvius Julianus, der im Auftrage Hadrians das prätorische Edikt endgültig redigierte, müssen hier genannt werden. Ihre Bemühungen förderten das Recht und seine Wissenschaft so mächtig, häuften aber auch das Material zu so unübersehbarer Masse an, daß schließlich mit Fug an eine Kodifikation gedacht werden mußte. Die zwölf Tafeln waren die Kodifikation des alten ius civile, des Landrechts des kleinen Ackerbürgerstädtchens Rom gewesen, seither hatte man niemals kodifiziert, und tat recht daran, weil die großartige rechtsschöpferische Kraft der klassischen Periode das Recht noch zu sehr im Fluß erhielt. Jetzt, wie damals bei den XII tab. ward die Rechtsaufzeichnung erst in privaten Arbeiten unternommen: Codex Hermogenianus, Codex Gregorianus. Kaiser Theodos schuf alsdann das erste amtliche Rechtsbuch des Kaiserreichs, den Codex Theodosianus; eine Sammlung der kaiserlichen Verordnungen (constitutiones), die annähernd bis 529 in Geltung blieb. In diesem Jahre legte Kaiser Justinianus, der Juristenkaiser, durch die Einführung einer neuen Konstitutionensammlung, des Codex Iustinianeus — auch kurzweg „Codex" genannt — in 3 Büchern[1]) den Grund zu der berühmten Justinianeischen Kodifikation. Mit Hilfe einer großen Kommission von Rechtsgelehrten unter Vorsitz des Justizministers Tribonianus führte er verhältnismäßig rasch dies Werk zu Ende. Der Kodex barg nur die Konstitutionen der Kaiser. Die Hauptmasse des Rechtsstoffs, in der zugleich die Creme lag, waren aber die Juristenschriften: Responsensammlungen, Kommentare, Lehrbücher usw. Unter diesen ließ er nun durch seine Kommission eine Auswahl treffen und aus den gewonnenen Exzerpten

---

[1]) Bereits 534 revidiert. Nur die Revision (codex repetitae praelectionis) ist auf uns gekommen, die erste Fassung (codex vetus) verschollen.

von 39 Juristen (hauptsächlich Ulpian und Paulus) ein Gesetzbuch in 50 Büchern — man kann nicht anders sagen — zusammenflicken. Das sind die Pandekten oder Digesten (533). Endlich ließ er noch von einer kleineren Kommission in ähnlicher Weise ein Gesetzbuch in 4 Büchern herstellen, die Justinianeischen Institutionen (533), auch schlechthin „Institutionen“ genannt, deren Hauptmasse aber den Institutionen des Gaius entnommen ist. Diese drei Gesetzbücher galten als einheitliche Kodifikation. Ihnen wurde dann noch eine Sammlung späterer Gesetze Justinians und seiner Nachfolger unter dem Titel der „Novellen“ beigegeben, so daß danach das (später) sogenannte Corpus iuris (civilis oder Iustinianei) aus vier Teilen besteht: Institutionen, Pandekten, Kodex und Novellen. Institutionen und Pandekten sollten zugleich Gesetz- und Lehrbücher sein, die Institutionen in letzterem Berufe das Elementarbuch, die Pandekten das Handbuch für Vorgeschrittenere. Dieser Kern der Justinianeischen Studienordnung hat, das Römerreich selbst überdauernd, bis vor ganz kurzer Zeit darin fortbestanden, daß zur ersten Information der Studierenden an den Universitäten eine Institutionenvorlesung, sodann ein Pandektenkolleg gehalten wurde[1]). Seit 1900 sind dieselben in Deutschland in eine kürzere Vorlesung „System des Römischen Privatrechts“ zusammengezogen.

Die Entwickelung des Privatrechts in der Kaiserzeit bewegte sich, so großartig sie ist, doch immerhin in Bahnen, die die frühere vorgezeichnet hatte. Dagegen weist das

[1]) Und zwar gab die Institutionenvorlesung bezw. die Institutionenkompendien altrömisches (Justinianeisches) Recht, die Pandektenvorlesung bezw. die Pandektenkompendien das heutige römische Recht (den usus modernus). Vgl. hierüber S. 112.

öffentliche Recht einen großen Bruch mit der Vergangenheit auf. Das ungeheure Reich konnte nicht in der Art und mit der Organisation regiert werden, wie einst der Stadtstaat regiert worden war. So wurden langsam die auf Zeit gewählten republikanischen Magistrate durch ein Berufsbeamtentum, ähnlich wie wir es heute haben, ersetzt, dessen Laufbahn schließlich auch von der bislang damit verbundenen Offizierskarriere gesondert wurde. In der Diokletianischen Reichsreform war der bureaukratisch verfaßte Beamtenstaat vollendet. Dem Zuge der Zeit erlagen auch die alten Geschworenengerichte. Der Kaiser übte von Anfang an neben ihnen die sogen. extraordinaria cognitio[1]), und diese räumte schließlich die alten iudicia ganz aus dem Wege. Damit war zugleich eine grundstürzende Änderung des Prozesses gegeben. Die extraordinaria cognitio vollzog sich von jeher im Wege kaiserlichen Ermessens, ohne Zuziehung von Geschworenen. Die Scheidung von ius und iudicium, der Erbittung einer Formel und der Entscheidung danach, konnte hier nicht Platz greifen. Seitdem nun auch mit der abschließenden Festlegung des Edikts unter Hadrian dem Prätor das ius edicendi genommen war, und er folgeweise keine neuen Formeln mehr bilden konnte, sondern an bestimmtes Recht gebunden war, wie der iudex privatus auch, wurde von den beiden gerichtlichen Behörden Magistrat und Geschworenengericht die eine überflüssig. Und in einer Zeit mit weit ausgebreitetem, wissenschaftlich kunstvoll verarbeitetem Rechtsstoff, in einer Zeit der

---

[1]) Ein Verfahren extra ordinem (scil. iudiciorum privatorum) übten auch schon die republikanischen Beamten. Es war eine Art Verwaltungsverfahren, in welchem der magistratus selbst, ohne Verweisung an einen Geschworenen (iudex privatus) entschied. Seit Einsetzung der Monarchie konnten alle Rechtshändel an den Kaiser gebracht werden, und bediente sich dieser bezw. die von ihm mit den Sachen betrauten Beamten der extraordinaria cognitio.

Degeneration der Volksmassen und der Stärkung des despotisch-bureaukratischen Elements zugleich, war es nicht zweifelhaft, daß die Beamtenschaft, in welcher die Magistraturen ihrerseits das Feld den Kaiserbeamten hatten räumen müssen, obsiegte. So führte sich das im kaiserlichen Gericht herrschende System in alle Gerichte ein. Die Richter waren nun wie heute Staatsbeamte, die im Namen des Kaisers Recht sprachen. Die Formula aber ist beseitigt, der Richter urteilt selbst auf Grund des in den Gesetzen niedergelegten geltenden Rechts. Das ist die Grundlage der modernen Gerichtsverfassung und des modernen Prozesses; um so mehr, als gleichzeitig der Instanzenzug und die Trennung von Straf- und Zivilprozeß sich durchgesetzt haben.

4. Im Zeitalter Justinians aber, das durch seine Kodifikation die Entwickelung des römischen Rechts von der Satzung des Landstädtchens zum unsterblichen Weltrecht krönt, ist zugleich die Zertrümmerung des römischen Weltreichs entschieden. Denn obwohl gegen Ostgoten und Vandalen siegreich, mußten die Kaiser doch die Langobarden in Italien, die Franken in Gallien und Germanien, die Sachsen in Britannien, die Westgoten in Hispanien als Herren belassen. Die Westhälfte, die eigentlich römische, war auf immer verloren.

5. Hier hat, mit dem römischen Volk und Staat, die eigentliche römische Rechtsgeschichte ein Ende. Aber das römische Recht lebte weiter bei deren Erben: einmal in dem zum byzantinischen Reiche historisch gewandelten Ostrom; hier gleich dem Volke, dem Staat und der christlichen Lehre in steter Degeneration; in diesem Zustande die Türkenherrschaft überlebend, ist es so auch das heutige Recht des Königreichs Griechenland. Im Abendlande dagegen bewahrte es seine Kraft, um alsdann, in

fast jähem Erwachen, zum zweiten Male die Welt zu erobern. Der Ausgangspunkt der Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter[1]) ist die Rezeption. Die Geschichte des römischen Rechts in der Neuzeit verflicht sich aufs innigste mit der Geschichte des Rechts bei den modernen Völkern, für uns also mit der Deutschen Rechtsgeschichte.

III. Deutsche Rechtsgeschichte[2]).

§ 7. Urzeit und fränkische Zeit.

1. Die Germanen treten noch in Urzuständen des Rechts befindlich auf die historische Weltbühne. Die Kommentarien Cäsars und die Schriften des Tacitus, insbesondere sein glänzender Essay Germania, dessen Beobachtungen heute die vordringende Forschung von Tag zu Tage mehr bestätigt, sind die ältesten Quellen zur Deutschen Rechtsgeschichte. Sie zeigen uns die Germanen noch staatslos, in Völkerschaften (civitates) geteilt als Cherusker, Brukterer, Chauken, Frisen, Chatten u. a. m. Die Völkerschaften der Ostgermanen haben Könige, die der Westgermanen sind republikanisch organisiert. Kriegsnot hebt hin und wieder einen tapferen Gaufürsten, wie Ariovist und Arminius waren, zum Herzog der Völkerschaft. Mit moderner Regierungsmacht sind aber die Befugnisse der Fürsten und Könige nicht zu vergleichen. Oberbefehl im Kriege, Gerichtsherrlichkeit und spärliche Ehrenrechte bilden ihren Kern. Das Nomadentum wird von den Germanen in der Zeit zwischen

---

[1]) Beschrieben von Savigny in einem gleichnamigen berühmten Werke.

[2]) Vgl. Fuhse, Die deutschen Rechtsaltertümer; Kurze, Deutsche Geschichte im Mittelalter; Sternfeld, Französ. Geschichte; Krones, Österr. Geschichte; Kämmel, Sächs. Geschichte; Much, Deutsche Stammeskunde; Samml. Göschen Nr. 124, 33, 85, 104/105, 100, 126. Auch Nr. 56, Günther, Deutsche Kulturgeschichte.

Cäsar und Tacitus ziemlich überwunden. Privateigentum an Grund und Boden bestand nur bezüglich der Hofstätte (Haus, Hof und Garten), das Ackerland wurde innerhalb der Markgenossenschaft dergestalt geteilt, daß erst das ganze nach der Güte in „Gewannen" geteilt und alsdann eine jede durchs Los anteilig unter die Mitglieder vergeben wurde. Das wiederholte sich periodisch in gewissen Zeiträumen, weil man infolge der unvollkommenen Agrikultur jeweils viel Brachland liegen lassen mußte. Wald und Weide wurden als „Allmende" oder „gemeine Mark" ungeteilt von den Markgenossen benutzt [1]).

2. Das Ende der germanischen Urzeit fällt zusammen mit dem der Völkerwanderung. Die 6 aus den alten westgermanischen Völkerschaften erwachsenen Stämme, die Franken, Sachsen, Thüringer, Schwaben, Bayern und Friesen bildeten unter der Hegemonie des mächtigsten und geistig beweglichsten unter ihnen das fränkische Reich. Die Zeit der Merowinger und Karlinger, die fränkische Zeit ist die zweite Periode der Deutschen Rechtsgeschichte.

Mit ihr gerät das Deutsche Recht zum ersten Male in nachhaltige Berührung mit dem römischen. Die Germanenreiche entstanden auf römischem Boden. Aber darin lag nicht durchaus die Verdrängung einer hohen glänzenden Kultur durch eine noch einfache und rohe, wie man früher wohl gemeint hat. Sinkend hatte die römische Kultur schon lange mit der germanischen sich durchsetzt (des Christentums gar nicht zu gedenken, das, von Römern und Germanen angenommen, nach Ausmerzung der arianischen Germanenstämme sich als starkes, die

[1]) Die Markgenossenschaft war vielfach, jedoch nicht durchaus mit der politischen Gemeinde identisch. Die Geschäfte, die ihr oblagen, erforderten eine vielfach mit Zwang verbundene Verwaltung.

nationalen Unterschiede früh verschattendes Bindeelement erwies). War doch im römischen Reiche, insbesondere seit der Diokletianischen Reform, längst der intensive Ackerbau der früheren Zeit zum großeu Teil durch die Weidewirtschaft verdrängt worden, die Finanzen des Staats von einem hochentwickelten Geldsystem wieder zu den primitivsten Naturalleistungen zurückgekehrt. Auch die Rassenverschiedenheit war stark gemindert durch die massenhaften Germanenansiedelungen in den letzten Jahrhunderten des weströmischen Reichs. Noch erstrahlte in hohem Glanze der römische Name — ging dieser Glanz doch niemals ganz verloren — aber da nannten Leute sich Tullius und Valerius und Oktavius (oder mit griechischen Namen), deren Väter noch Hariomund, Haldagast oder Hildomund geheißen hatten. Ganz und gar hatte das Heer, fast durchweg germanisiert, sich diesen Umständen auch in Verfassung, Disziplin und Kampfweise angepaßt: längst hatte die feingegliederte Legion dem plumpen Heerkeil der Germanen weichen müssen. Von dem alten Stadtstaat zeigte das römische Reich zuletzt kaum eine Spur mehr, es war ein Flächenstaat mit stark gelichteter Bevölkerung geworden, so wie er den Lebensbedingungen der Germanen entsprach, und auch das öffentliche Recht war, besonders seit Diokletian, das Recht eines solchen. In dieser Beziehung brachte also die germanische Okkupation nichts grundstürzend Neues. Insbesondere ist es charakteristisch, daß die Siedelung der Germanen bei dieser Okkupation nach Vorbild desjenigen Rechtsverhältnisses geschah, welches die römischen Kaiser bei der Einquartierung ihrer germanischen Hilfsheere hatten obwalten lassen: Jeder römische Grundbesitzer, soweit die germanische Siedelung sich ausdehnte, durfte eine bestimmte Quote seines Besitztums zu freiem Eigen-

tum behalten; aus dem übrigen wurde eine größere oder geringere Zahl von Landlosen gebildet, die den einzelnen Germanen zu Eigentum überwiesen wurden.

Wenn daher auf dem einst römischen Boden das germanische öffentliche Recht, dessen Entwickelung während der fränkischen Zeit wir noch S. 84ff. kurz betrachten werden, ohne Schwierigkeiten Platz griff, behauptete sich wie ein Fels in der Brandung, hie und da zwar abgebröckelt, aber in den Grundfesten unerschüttert, das ius civile, das römische Privatrecht der Kodifikation des Theodos und Justinian. Die Barbarenkönige ließen es den Römern nicht bloß, sondern sie schufen sogar für ihre Reiche eigene Kodifikationen des römischen Rechts. So entstanden die römischen Vulgarrechte; Rechtsaufzeichnungen, die das römische Recht freilich nicht rein, sondern, je später, um so mehr barbarisiert zusammenfassen. Wiederum vermochte das römische Recht damals doch auch nicht die Germanen selbst für sich zu gewinnen, diese behielten ihr mitgebrachtes deutsches Recht. Aber insofern wirkte das römische Vorbild, als man auch das eigene Recht aufzuzeichnen sich befleißigte. Dies geschah, da die deutsche Sprache zu einem Schrifttum noch nicht reif war [1]), in lateinischer. So traten Volksrechte, leges barbarorum (für die Einwohner deutschen Stamms), in den germanischen Reichen neben die römischen Vulgarrechte, die leges Romanorum (für die Einwohner römischer Nationalität) [2]).

---

[1]) Gegen diesen Satz kann Wulfilas Bibelübersetzung, obwohl beträchtlich älter als die älteste der leges barbarorum, nicht angeführt werden. Die Fähigkeit, religiöse Inhalte schriftmäßig auszudrücken, erlangt eine Sprache verhältnismäßig früh. Um den Anforderungen, die eine Rechtsaufzeichnung stellt, zu genügen, muß sie bereits zu hoher Gelenkigkeit entwickelt sein, das sinnlich-poetische Element zu Gunsten des logisch-prosaischen überwunden haben. Vgl. S. 58ff. und 91—92.

[2]) Recht der Westgoten: für die Goten eine auf das edictum Eurici (466—485), das älteste aller dieser Gesetze, sich aufbauende Gesetzgebung, als

Innerhalb des eigentlich fränkischen Reiches entstanden nur Volksrechte (leges barbarorum), keine leges Romanae. Das Volksrecht der salischen Franken ist die berühmte lex Salica aus der Zeit Chlodowechs. Ihrem lateinischen Text sind mehr als in anderen Volksrechten Erläuterungshalber deutsche Worte zur Bezeichnung wichtiger Rechtsausdrücke eingefügt, bei deren Übertragung ins Lateinische man sich wohl bewußt war, den Sinn des deutschen Rechtsworts nicht vollwertig ausdrücken zu können. Durch diese „malbergische Glosse" wird die lex Salica zur wertvollsten Erkenntnisquelle für die Rechtsgeschichte ihrer Zeit [1]).

Die Volksrechte blieben übrigens nicht die einzigen Rechtsquellen im Frankenreich (neben dem für die Römer geltenden römischen Rechte), vielmehr setzte schon unter Chlodowech eine königliche Reichsgesetzgebung ein, unter deren Produkten ein Edikt Chlotars II. von 614 und die Kapitularien Karls des Großen besondere Erwähnung verdienen.

Die politische Organisation der Germanen war bereits beim Eintritt in die fränkische Zeit bedeutsam vorgeschritten: sie hatten Könige. Deren Funktionen freilich lassen sich mit heutiger Königsmacht noch nicht im entferntesten messen [2]): Heerbefehl, Vorsitz im Königsgericht

---

lex barbarorum. Für die Römer die lex Romana Visigothorum, auch Breviarium Alarici genannt (506). Seit Rekkaswinth (652—672) gemeinsame lex Visigothorum. Recht der Burgunden: Volksrecht: lex Burgundionum König Gundobads (473—516), auch „lex Gundobada (loi Gombette)"; Römerrecht: lex Romana Burgundionum, auch „Papian"; Recht der Langobarden: Edictus Rotharis, Edictus Liutprandi ꝛc.

[1]) Weitere Volksrechte der im fränkischen Reich vereinten Stämme: Lex Ribuaria. L. (Francorum) Chamavorum (um 800). L. Alamannorum (um 720). L. Baiuvariorum (um 740). L. Anglorum et Werinorum (hoc est Thuringorum, wahrscheinlich 802). L. Saxonum, wahrscheinlich Gesetz Karls des Großen von 802. L. Frisionum (um 750).

[2]) Zeitweise waren sie auch durch die Stammesherzöge beschränkt, deren Abhängigkeit vom König keineswegs in festen Rechtsverhältnissen geordnet war.

und das Recht auf gewisse spärliche finanzielle Leistungen erschöpfen es ziemlich. Allerdings war auch das Recht über Krieg und Frieden, sowie dasjenige, Fremden Schutz zu gewähren von der Volksversammlung auf den König übergegangen. Er hatte auch im Lande seine Beamten, die Grafen (comites)[1], die in seinem Namen in ihren Bezirken Heer- und Gerichtsbann übten. Von großer Bedeutung ist aber, daß in den Grafengerichten, welche direkt den alten Volksgerichten entsprachen, nach Volksrecht gerichtet wurde, während das Königsgericht an das Volksrecht nicht gebunden war. An äußerem Glanz gewann das Königtum erheblich durch die Erwerbung der römischen Kaiserkrone unter Karl dem Großen.

In der fränkischen Zeit leitet sich ferner eine staatsrechtlich äußerst folgenschwere Entwickelung ein, die Differenzierung der Stände. Bis dahin hatte es deren 3 gegeben: wenige Hörige waren da, die Hauptmasse des Volks bildeten die freien Bauern, über ihnen, aber mehr an Ehre denn an Rechten, stand ein mehr oder minder zahlreicher Adel[2]. Mit der Zeit wurden Heer- und Gerichtsdienst für eine große Menge der ärmeren Freien zur schweren Last und sie zogen es vor, sich der Vollfreiheit zu begeben und zu begüterten Herren in ein Dienstverhältnis zu treten. Die Dienste waren gemessene, größtenteils Kriegsdienste, und eine Minderung des sozialen Ansehens mit dem Standeswechsel nicht verbunden; vielmehr waren halbfreie Dienstleute (ministeriales) dieser Art in der Lage, vornehmer aufzutreten

[1] „comites“ hatten auch bereits die hohen Beamten der späteren römischen Kaiserzeit geheißen.

[2] Bei den Franken gab es keinen Adel außer „den langgelockten Merowingerkönigen“ (reges criniti Merovingorum).

als der ärmere Freie. Aber gleich den Unfreien niederer Stellung schieden sie aus dem Volksheer und -gericht aus; sie wurden Heerleute ihres Herrn (senior) und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen.

In diese Zeit fällt auch die Entstehung des Lehnswesens. Sie hängt mit dem Bedarf an Reiterheeren zusammen, der sich aus den Kämpfen mit Arabern, Avaren, Ungarn ꝛc. ergab. Das Lehnsverhältnis besteht darin, daß der Lehnsmann (Vasall) sich in ein Treuverhältnis zum **Lehnsherrn** begibt, welches ihn hauptsächlich zum Kriegsdienst verpflichtet. Er empfängt dafür, ohne von Freiheit etwas einzubüßen, vom Lehnsherrn ein **Lehen**, (beneficium), sei es ein Gut, sei es ein nutzbares Gefälle.

Bezüglich des Privatrechts dieser Periode ist hervorzuheben, daß in ihr das Privateigentum an Grund und Boden auch das Ackerland ergreift. Da aber die Unterscheidung der ihrer Güte nach verschiedenen Gewannen bleibt, so liegt der Besitz des einzelnen nach wie vor über die Feldmark verstreut. (Sogen. „**Gemengelage**" der Grundstücke.) Es bleibt bestehen die Allmende, die Markgenossenschaft und der Flurzwang und zwar im ganzen und großen bis zu der um die Wende des 18. Jahrhunderts einsetzenden Agrarreformgesetzgebung.

§ 8. Das Mittelalter.

1. Die Rechtszustände des **Mittelalters**, welches die dritte Periode der Deutschen Rechtsgeschichte bildet[1]), sind besonders charakterisiert durch ihre beispiellose sachliche und lokale Zerklüftung. Der den Deutschen inne-

[1]) Die vierte ist sodann die Neuzeit, eine fünfte beginnt mit dem Ende des 19. Jahrhunderts. An die Grenzscheide von Mittelalter und Neuzeit fällt die Rezeption (vgl. S. 96). Wir haben hier aus Zweckmäßigkeitsgründen die Neuzeit noch einer Teilung unterworfen.

wohnende eigenartige Assoziationstrieb, der sie anhält, sich nach Sonderart und Sonderinteressen selbst von geringer Bedeutung und bei kleinem Umkreis der Beteiligten in Gruppen zusammenzuschließen, jener Trieb, der auf der einen Seite eine große Mannigfaltigkeit der geistigen Strömungen erzeugend, der Entwickelung des deutschen Geisteslebens so eminent förderlich war, der aber auf der anderen Seite die Einigung der Nation fortwährend gehemmt, die Entwickelung großzügigen und reifen politischen Verständnisses hintangehalten hat — dieser Trieb hat im Mittelalter eine Unzahl verschiedener, mehr oder minder umfassender Verbände entstehen lassen, deren jeder neben eigenem Brauch und eigener Ehre auch eigenes Recht entwickelte [1]). Verbände sind entweder bloß auf eine Personenmenge oder auf ein Territorium basiert. (Personal- und Gebietskörperschaften, vgl. II S. 41.) Die Verbände, innerhalb deren ein bestimmtes Recht gegolten hatte, waren bei den Germanen bis zum Mittelalter solche persönlicher Natur. Jedermann wurde in seinen Rechtssachen beurteilt nach dem Rechte seines Stammes, der Franke nach fränkischem, der Sachse nach sächsischem, der Friese nach friesischem, der Gote nach gotischem, der Römer nach römischem, wo er auch hinkam. Man trug gewissermaßen sein Recht mit sich herum. (Sogen. Personalitätsprinzip. Parömie: iura ossibus inhaerent) [2]). Jetzt war das bereits anders: das Recht haftete am Territorium; die in einem Lande vorkommenden Rechtssachen wurden nach dem im Lande geltenden Recht beurteilt. Es waltete das auch heutzutage prinzipiell herrschende Territorial-

---

1) Die Zersplitterung bestand auch außerhalb Deutschlands, wurde aber dort bekanntlich schneller wieder überwunden.

2) Als Stammesrecht der Kleriker fungierte das römische; **ecclesia vivit lege Romana.**

tätsprinzip. Aus dem Volksrecht war Landrecht geworden. Aus dem Landrecht aber wuchs im Mittelalter noch ein anderes lokal gültiges Recht empor, das Stadtrecht, welches in den Städten sich entwickelte, mit dem Stempel ihrer höheren wirtschaftlichen und geistigen Kultur an der Stirne.

Aber daneben gab es damals eine Anzahl innerhalb bloß personaler Verbände gültiger Sonderrechte.

2. Das wichtigste ist das Lehnrecht. Gehört es doch mit zu den umfassenden Faktoren, die der ganzen Kultur jener Zeit ihr Gepräge geben. Demgemäß findet man bei der juristischen Analyse eine fast über das ganze Rechtsgebiet verzweigte Wirksamkeit des Lehnrechtsverhältnisses. Das Staatsrecht ist ganz und gar von ihm durchdrungen; ist es doch der Typus des Lehnsstaats, der am besten die Verfassung jener Epoche begrifflich qualifiziert. Lehenrechtlicher Natur sind zuletzt die wichtigsten Amtsstellungen des Staats und bedeutsame sonstige Rechte der einzelnen Persönlichkeiten, soweit sie eben dem Personenkreise angehören, für welchen Lehenrecht überhaupt gilt (dem ritterlichen). Da die lehnrechtlichen Angelegenheiten vor besondere Gerichte gehören, so ist auch die Gerichtsverfassung vom Lehnrecht stark beeinflußt. Vor allem aber beruht die gesamte Militärverfassung auf Lehnrecht, da in 600 jähriger, schon in der fränkischen Zeit beginnender Entwickelung das ursprüngliche, auf allgemeine Wehrpflicht (und allgemeines Wehrrecht) basierte Bauernheer durch ein ritterliches Lehnsheer ersetzt ist. Im Privatrecht ist durch das Lehnverhältnis zunächst ein eigentümliches sachenrechtliches Verhältnis begründet. Am Lehngute (beneficium, feudum) sind nämlich berechtigt sowohl der Lehnsherr wie der Lehnsmann, und zwar hat jeder von ihnen Rechte, welche

zum Inhalt des Eigentums gehören. Der Lehnsmann hatte am Lehn die Nutzung, aber er durfte es nicht veräußern [1]), wegen des Eigentumsrechts des Lehnsherrn. Der Lehnsherr aber mußte, wenn der Lehnsmann starb oder lehnsunfähig wurde, den Sohn oder sonstigen lehnrechtlichen Erben des Lehnsmanns mit dem Gute belehnen; er hatte auch seinerseits keine freie Verfügung über dasselbe, wegen des Eigentumsrechts des Lehnsmanns. Es liegt also „geteiltes Eigentum“ vor, der Lehnsherr hat „Obereigentum“ (dominium directum), der Lehnsmann Untereigentum (dominium utile). Nun wurde ferner durch das Lehnsverhältnis auch ein familienrechtliches besonderes Verhältnis geschaffen, was nämlich die Rechte und Pflichten des jeweils Belehnten gegenüber seinen Angehörigen angeht: insbesondere Alimentation, aber z. B. auch wegen Vormundschaft über einen unmündigen Lehnsnachfolger u. s. w. Dieser Punkt führt uns hinüber zu dem wichtigen lehnrechtlichen Erbrecht (Lehnssuccession), welches seine Gestaltung besonders durch den militärischen Gesichtspunkt des Lehnswesens erhalten hat [2]). Das Lehnswesen verfiel seit der Erfindung des Schießpulvers, das die Lehnsheere unbrauchbar und eine zahlreiche Infanterie nötig machte und hat seine Rolle im öffentlichen Recht heute fast gänzlich ausgespielt. Nur ist das moderne Thronfolgerecht eine Ausgestaltung der Lehenssuccession. Hie und da finden sich auch noch Güter adliger Familien, bei denen die sachen-, familien- und erbrechtlichen Grundsätze des Lehnsrechts Anwendung finden. In seiner Blütezeit aber war es ein das gesamte Geistesleben beeinflussender, geradezu die Kultur beherr-

---

[1]) Tat er es doch, so lag einer der schwersten Fälle der „Felonie“ (d. i. Verletzung der Treupflicht) vor.

[2]) Für den Lehnsherrn hatte das Lehen eben den Wert, daß es ihm einen Wehrmann nährte.

schender Faktor. Wir haben Kunde, daß man selbst den lieben Gott im Himmel wie einen großen Lehnsherrn an der Spitze der himmlischen Heerscharen dachte.

Das Rechtsverhältnis des geteilten Eigentums war übrigens nicht spezifisch lehenrechtlich. Auch bäuerliches Gut befand sich vielfach im Untereigentum der Besitzer. Es ist ein Charakteristikum der Zeit, daß es gänzlich freies Eigentum an Land wenig gab, wenn es auch nicht war wie in Frankreich, wo der Satz „nulle terre sans seigneur" Rechtens geworden war.

Außer dem Lehnrecht sind noch zwei Gruppen personaler Sonderrechte zu nennen:

a) Das Dienstrecht (gehandhabt in den Dienstgerichten), d. i. das Recht der Ministerialen (Dienstleute, Dienstmannen), jener schon erwähnten ritterlichen Unfreien. Ihre soziale Stellung, der der freien Bauern wahrscheinlich von vornherein überlegen, näherte sich der der freien Ritter immermehr an; schon früh wurden sie aktiv und passiv lehnsfähig und im 14. Jahrhundert sind die letzten Erinnerungen an ihre einstige Unfreiheit verschwunden[1]).

b) Das Hofrecht (gehandhabt in den Hofgerichten), d. i. das Recht der Fronleute, der unfreien Bauern, die einem Herrenhof zu Zins und Frone standen.

Von den genannten Rechten unterlagen lokal der größten Zersplitterung die Dienst- und Hofrechte. Weniger schlimm war es um Land- und Stadtrechte beschaffen. Das Lehnrecht endlich erfreute sich sogar ziemlicher Einheitlichkeit. In ihm gewann schließlich das lombardische Lehenrecht, gesetzgeberisch von den deutschen Königen ver-

---

[1]) Dazu hat besonders beigetragen, daß in ihren Stand eine große Anzahl der norddeutschen freien Ritter (durch ihre Armut veranlaßt) eintraten, die sich dabei die vornehmsten Freiheitsrechte, als insbesondere Teilnahme am Grafengericht als Schöffe, daher: „schöffenbar Freie" vorbehielten. Unter ihnen war Eike von Repgow, der Verfasser des Sachsenspiegels.

hältnismäßig reich bedacht und von der aufstrebenden italienischen Wissenschaft mit Glück gepflegt, eine ausschlaggebende Bedeutung. Aus einer allmählich entstandenen privaten Kompilation verschiedenartiger italienischer Lehnrechtsquellen, (hauptsächlich der Lehnsgesetze Konrads II. Lothars von Supplinburg und Friedrichs I.) entstanden im 12. Jahrhundert die (3) libri feudorum, die als Lehnrechtskodifikation später mit dem römischen Recht in Deutschland rezipiert wurden.

Indessen erhob auch in Deutschland sich eine Zeit bedeutungsvoller Rechtsaufzeichnungen. Es handelt sich hier, abgesehen von der weniger hervorragenden Landrechtsgesetzgebung in den Territorien, um die Rechtsbücher und die Stadtrechte. Die Rechtsbücher sind durchgängig Privatarbeiten, die später gesetzliche Geltung erlangten, die Stadtrechte meist amtliche Satzungsaufzeichnungen.

Das älteste und vorzüglichste Rechtsbuch, zerfallend in ein Land- und ein Lehnrechtsbuch[1]) ist der Sachsenspiegel, verfaßt zwischen 1215 und 1235 von dem freigeborenen Ministerialen Eike von Repgow aus dem Anhaltischen. Er hat das von ihm ursprünglich lateinisch geschriebene Werk ins Deutsche übertragen erst auf vieles Zureden des Grafen Hoyer v. Mansfeld, dessen Name um seines Verdienstes willen genannt werden muß. Denn nun ist der Sachsenspiegels eins der wertvollen deutschen Sprachdenkmäler. Eike hatte es im Anfang nicht für möglich gehalten, in deutscher Sprache eine angemessene Prosa schreiben zu können. Noch mangelte der deutschen Sprache die nüchterne, verstandesklare Begriffs-

---

[1]) Das Landrecht ist seit Johann v. Buch (brandenburgischer Hofrichter, studierte in Bologna 1305), der eine Glosse dazu verfaßte, in drei Bücher geteilt. Eine billige Ausgabe in Reclams Universalbibliothek wird dem Interesse des Lesers empfohlen.

ausprägung, die eine Rechtsaufzeichnung in großem Umfang erfordert, und das lebendige Recht fand seine äußere Form derzeit noch großenteils in poetisch-symbolischem Gewande. Eike, der sich seine Prosa schaffen mußte, wie später Luther beim Bibelwerk, rühmt als etwas großes, daß er sein Buch in deutscher Sprache ohne Reime fertig brachte und die gereimte Vorrede, sowie manch epigrammatisch-prägnantes Kernwort im Texte selbst mit Reimanklang zeugt von den Schwierigkeiten, die er dabei hatte[1]). Als Rechtsbuch war dem Ssp. eine großartige Wirksamkeit beschieden. Zwar war sein Verfasser im Irrtum, als er meinte, gemeines Sachsenrecht darzustellen; er hält das Recht seiner ostfälischen Heimat für gemeines Sachsenrecht. Aber sein Buch wurde von allen Gerichten Norddeutschlands rezipiert, indem diese wieder den Irrtum begingen, es für ein Reichsgesetz zu halten, und wenn man seither von gemeinem Sachsenrechte spricht, so meint man ein auf den Ssp. gegründetes. Der Ssp. wurde auch zur Grundlage der beiden süddeutschen Rechtsbücher, des Deutschenspiegels (Dsp.) und des Schwabenspiegels (Schwsp.). Ersterer, mit vollem Titel „Spiegel aller deutschen Leute“, entstanden zwischen 1235 und 1275, will gesamtdeutsches Recht darstellen, was den Umständen nach mißlingen mußte; das Buch bringt vielfach bloßes schwäbisches Recht, der Schwabenspiegel, von einem gelehrten Geistlichen um 1275 verfaßt, gibt bei weitem überwiegend schwäbisches Recht, obgleich auch er wohl als gesamtdeutsches Rechtsbuch genommen werden wollte. Von weiteren Rechtsbüchern nennen wir hier nur das kleine Kaiserrecht (um 1300), das gar das Recht der gesamten Christenheit mitzuteilen vorgab.

---

[1]) Vgl. oben S. 58ff und 83, unten S. 167.

Unter den Stadtrechten steht das Magdeburgische an erster Stelle, nächst ihm das Lübische. Viele Städte schufen sich nicht ein eigenes Recht, sondern holten es von einer anderen Stadt, die ein angesehenes Recht (wie die beiden genannten) besaß, sogen. „Rechtsbewidmung". Die Schöffenstühle der bewidmenden Stadt wurden dann „Oberhöfe" für die bewidmeten, d. h. sie wiesen den letzteren Rechtsmitteilungen und Entscheidungen[1]).

Um das Bild vollständig zu erhalten, müssen wir endlich des Kirchenrechts gedenken, das übrigens auch in der fränkischen Zeit schon in großem Umfang Geltung gewonnen hatte. Die geistlichen Gerichte nahmen eine weitgehende Kompetenz in Anspruch. Nicht bloß, daß alle Sachen, in denen Kleriker beteiligt waren, vor ihr Forum gehörten, nein auch alle Sachen zwischen Laien, denen man irgend eine religiöse Bedeutung beimaß, wurden von ihnen beurteilt[2]). Das Recht der Kirche war römisches Recht und gab sich grundsätzlich als solches. Aber sie schuf sich große Teile dieses Rechtes nach ihren Bedürfnissen und denen der Zeit, teils um, teils gänzlich neu. So entstand insbesondere ihr Eherecht, welches für die gesamte weitere Eherechtsentwickelung grundlegend wurde; sodann sehr wichtige Neuerungen im Strafrecht, noch mehr im Zivilprozeß. Vor allem aber im Strafprozeß, den sich die Kirche, besonders seit Einführung der Hexen- und Ketzerinquisition, in hervorragendem Maße angelegen sein ließ, und den sie in der Tat sehr erheblich gefördert hat[3]). Die eigenen[4]) Rechtsquellen der Kirche bestanden

---

[1]) Auch in Frankreich, in Spanien und vor allem in Italien entstanden damals zahlreiche Stadtrechtsaufzeichnungen. („Italienische Statuten.")

[2]) Beispiele Teil II S. 189.

[3]) Vgl. Näheres S. 102 und Teil II S. 129.

[4]) Es erfließt auch Recht für die Kirche aus Staatsgesetzen.

hauptsächlich in Konzilienschlüssen (canones) und Papstbriefen (decretales). Bald entstanden Sammlungen dieser Quellen[1]), erst chronologische, dann auch systematische. Aus ihnen erhob sich der große Bau des corpus iuris canonici. Es setzt sich zusammen aus 6 Teilen. Den ersten bildet das decretum Gratiani, eine von dem Mönch und Rechtslehrer Gratian um die Mitte des 12. Jahrhunderts ursprünglich als Lehrbuch mit dem Titel „concordantia discordantium canonum" verfaßte Kanonensammlung (3 Bücher)[2]). Dazu kam 1234 der liber extra decretum, schlechthin „Liber extra", „Extra", oder „Dekretalen" genannt, eine auf Befehl Gregors IX. hergestellte Dekretalensammlung. Bonifaz VIII. ließ sodann dieser Sammlung eine Sammlung von 5 Büchern als Liber sextus anfügen (1298), Clemens V. 1313 die Schlüsse der Kirchenversammlung zu Vienne als „Clementinae"[3]). Späterhin sind noch die Extravagantes Joannis XXII. und die Extravagantes communes dazugekommen[4]).

Gegenüber der Fülle der Lokal- und Sonderrechte nimmt sich die Reichsgesetzgebung des Mittelalters spärlich aus. Die Kapitularien gerieten (ebenso wie die Volksrechte) im Anfang des Mittelalters in Vergessenheit. Im

---

[1]) Unter ihnen die berüchtigten pseudisidorischen Dekretalen, in denen ein großer Teil zu Gunsten der päpstlichen Macht gefälscht ist.

[2]) Mit hochinteressanter rechtsphilosophischer Einleitung, an deren Inhalt teilweise die konfessionelle katholische Rechtsphilosophie noch heute festhält.

[3]) Die bisher genannten vier Bücher: *a*) Decretum Gratiani, *b*) Liber Extra, *c*) Liber sextus, *d*) Clementinae bilden das sogen. corpus iuris canonici clausum, welches allein in Deutschland Geltung erlangt hat.

[4]) Die Extravagantes bilden das corpus iuris canonici non clausum. Obwohl in der offiziellen römischen Ausgabe das corpus iuris canonici mit enthalten, haben sie dadurch nicht die Autorität von Gesetzsammlungen. Vielmehr ist, falls die Geltung einer Extravagante in Frage kommt, zu untersuchen, ob sie in dem betreffenden Lande durch Publikation oder Gewohnheit Geltung erlangt hat.

12. Jahrhundert setzte dann eine neue, zuerst in Landfriedensordnungen sich ergehende Gesetzgebung ein[1]).

3. Die Geringfügigkeit der Reichsgesetzgebung hängt zusammen mit der ungünstigen Entwickelung, die das Reichsstaatsrecht im Mittelalter genommen hatte. Bedeutete doch die Feudalisierung, die Einrichtung des Lehnstaats eine große Schwächung der Zentralgewalt, ja die Gefahr der Auflösung für das Reich. Die Krone hatte sich ihrer finanziellen Macht beraubt, indem sie immer mehr Güter zu Lehen austat und nicht, wie etwa die französische, in der Lage war, Lehen auch wieder einzuziehen. Insbesondere die Grafen waren aus königlichen Beamten erbliche Lehnsträger geworden. Am Ausgang des Mittelalters ist ihre und anderer Großer Gewalt zu einer fürstlichen geworden. Sie sind nun Reichsfürsten[2]). Und während ihre Macht für die Reichsverfassung fortwährend als zersetzendes Element sich betätigt, selbst als ein engerer Kreis unter ihnen, das Kurfürstenkollegium, die hervorragendsten reichsfürstlichen Funktionen, besonders die Kaiserwahl an sich gezogen, wird sie innerhalb der Territorien zum Keim einer neuen, die moderne Ordnung der Dinge vorbereitenden Staatsrechtsgestaltung. Die alten Grafenrechte, also insbesondere die Heeres- und Gerichtsherrlichkeit, erwuchsen zur Landeshoheit, deren Inhalt an Befugnissen durch königliche Rechte (Regalien),

---

[1]) Ronkalischer Landfriede Friedrichs I. 1158. — Gesetze Friedrichs II.: Mainzer Landfriede 1235. Confoederatio cum principibus ecclesiasticis 1220. Statutum in favorem principum 1232. — Constitutio de iure et excellentia imperii 1338, durch welche die Königswahl den Kurfürsten anheimgegeben wurde, Goldene Bulle 1356 u. a. m. Dazu die Konkordate (vgl. Teil II S. 184).

[2]) Reichsfürst ist (seit 1180), wer ein fürstenmäßiges „Fahnlehn" (unmittelbar königliches Lehn) hat. Sie sind nicht zu verwechseln mit den Reichsständen (d. s. die reichstagsfähigen Personen), denn zu diesen gehören außer ihnen noch die Reichsstädte, Reichsdörfer und reichsunmittelbaren Ritter. Ursprünglich war jeder Freie reichstagsfähig gewesen.

die den Territorialherren eines nach dem anderen von der geschwächten Krone überlassen werden mußte, sich stetig vermehrte. An der Spitze marschierten dabei die Kurfürsten. Wir weisen darauf hin, daß damals in der Ostmark (Österreich) einerseits, der Nord- und Mittelmark andererseits (Mark Brandenburg), sowie in Preußen der Grund zu den beiden Staatswesen gelegt wurde, die später als deutsche Großmächte eine Rolle spielen sollten.

Diese 3 Territorien, die sämtlich den Slaven abgerungene Kolonisationsländer (Marken) waren, hatten in ihrer Verfassung Besonderheiten, die ihrer Konzentration schon frühzeitig die Wege ebneten. Wir können aber auf diese, insbesondere auf die rechtsgeschichtlich sehr interessante Verfassung des preußischen Ordensstaats hier nicht näher eingehen.

§ 9. Die Rezeption.

1. Während so die staatsrechtlichen Zustände langsam den Weg der neuzeitlichen Entwickelung einschlugen[1]), wurde das Zivilrecht und der Prozeß an der Wende des Mittelalters durch plötzlichen, vom Auslande her treffenden Stoß dieser entgegengeführt. Das geschah durch die Rezeption.

„Rezeption“ heißt schlechthin „Aufnahme fremden Rechts“. Solcher Rezeptionen kennt die Rechtsgeschichte viele. (Vgl. z. B. S. 120.) Aber keine, die wir kennen, war so gewaltig an Umfang und Wirkung wie die eine, die Rezeption der fremden Rechte in Deutschland am Übergang vom Mittelalter in die Neuzeit: des römischen

[1]) Die dem Reiche gegenüber ganz selbständig gewordenen Staaten wie Frankreich und England hatten zu Ende des Mittelalters auf diesem Wege schon ein gutes Stück vorwärts getan.

Rechts, des kanonischen Rechts und des lombardischen Lehnrechts. Wenn man schlechthin von „Rezeption“ spricht, ist immer diese gemeint. Bei weitem im Vordergrund steht aber dabei die Rezeption des römischen Rechtes.

2. Die verschiedenen Richtungen des großen Stromes der Kulturerneuerung, die eben uns berechtigen, seit ihrem Vordringen eine „Neuzeit“ zu datieren, kamen zu uns aus Italien. Wie die Renaissance, der Humanismus und die frühen Anregungen zur Reformation kam auch von dort die Rezeption, ihnen geistesverwandt durch ihre Wiederbelebung eines antiken Geisteselements in Gestalt des römischen Rechts und im Gesamtbilde der geistigen Revolution jener Epoche gleich unentbehrlich wie sie.

3. Die Germanen hatten, die römischen Länder okkupierend, römisches und deutsches Recht in personaler Anwendung nebeneinander bestehen lassen. Als nun die Rechte sich territorial radizierten, ward das Ergebnis in den einzelnen Reichen so: In Ostfranken (Deutschland) und in England, wo niemals eine erhebliche römische Bevölkerung gesessen hatte, wurde das römische Recht vom Deutschen völlig verdrängt. Umgekehrt erlag im Westgotenreich (Spanien) das deutsche Recht dem römischen. In Frankreich wurde die Loire zu einer Rechtsgrenze: nördlich ihres Laufes wurde fränkisches, also germanisches Recht („pays des coutumes“) herrschend, im Süden römisches Recht in Gestalt der burgundischen und westgotischen Aufzeichnungen der Vulgarrechte („pays du droit écrit“). In Italien gelangte deutsches Recht zur überwiegenden Geltung. Saß doch hier in den Langobarden das begabteste Rechtsvolk unter den deutschen Stämmen. Früh lernten sie selbst das Recht wissenschaftlich behandeln. Als Vorbild dienten ihnen die römischen Rechtsschulen, die die Völkerwanderung überdauert hatten.

(In Rom, späterhin in Ravenna.) Diese nun pflegten aber weiter ihr nationales, das römische Recht. So war das römische Recht denn nicht mit der Weltmacht des römischen Reichs erloschen, sondern glimmte weiter unter der Asche. Und Rom blieb ein Zentralpunkt der Welt, da eine neue römische Macht, die Kirche, den Glanz des römischen Namens erneuerte. Der Wege, die nach Rom führten, blieben viele. Alle Welt trat immer noch in Berührung mit römischem Wesen und so auch mit römischem Recht. Dem deutschen Recht an Reife unendlich überlegen, konnte dieses nicht verfehlen, hie und da Einfluß zu üben. Wie aber wurden die sickernden Tropfen zum überflutenden Meere?

4. Die romanistische Wissenschaft in Italien erhob sich nach einer Zeit des Niedergangs, in der sie von der langobardischen Rechtswissenschaft weit überflügelt wurde[1]), zu neuer Blüte. Der Rechtsschule von Bologna gelang es, eine lichtvolle Exegese der Pandekten herzustellen, während die Ravennaten in lehrbuchmäßiger Inhaltswiedergabe von zweifelhaftem Wert sich betätigt und die Pandekten, den Kern des justinianeischen Gesetzeswerks über der Pflege von Institutionen und Novellen vernachlässigt hatten. Die Exegese, die dem Gesetzestexte beigefügt wurde, nennt man die Glosse, die Bologneser Rechtsschule, die sie geschaffen, die Schule der Glossatoren. Ihr Gründer war Irnerius (um 1100). Nach ihm traten die „quattuor doctores“ Martinus, Bulgarus, Jakobus, Hugo als Leuchten der Schule auf. Auch Azo ist zu nennen. Die Glosse seines Gegners in mancher feinen Kontroverse, Accursius, schloß, den ganzen bisher zustande gebrachten

---

[1]) Diese erzeugte ein Rechtsbuch, den liber Papiensis, und zu demselben reichliches exegetisches Material, insbesondere um 1070 einen vollständigen, vorzüglichen Kommentar, die Expositio.

exegetischen Apparat umfassend, das Glossenwerk ab (um 1250).

Die Methode hatte die Glossatorenschule der langobardischen Wissenschaft entlehnt. Sie hat die exegetische Form der Rechtslehre, die Form der Glosse nicht erfunden, sondern nur diese Form auf das römische Recht, das corpus iuris angewandt. Kurz, prägnant sind die Glossen, so daß sie auf dem Rande der Gesetzbuchausgabe Platz haben; sie widmen sich ganz besonders der Aufsuchung von Parallelstellen. Die Glosse ist deshalb ein ungeheurer Fortschritt gegen die frühere Lehrbuchsmethode, die eigentlich bloß Auszüge bot, weil sie das beibringt, was einem entwickelten Rechte geradezu sein Leben gibt, den Zusammenhang. Mit der Herstellung der Zusammenhänge war dem römischen Recht die verlorene Kraft wiedergegeben; und einem solchen Gegner Stand zu halten, war das Langobardenrecht trotz seiner anerkennenswerten Tüchtigkeit nicht gewachsen. Die romanistische Rechtswissenschaft verdunkelte die langobardische und reifte, während jene bald ganz versank, heran zu weiterem Fortschritt.

Den brachten die Kommentatoren, auch Postglossatoren genannt. Ihnen galt es nicht mehr zu glossieren, sie entwickelten an der Hand des corpus iuris, indem sie dessen Recht auf die Praxis ihrer Zeit anwandten, ein verjüngtes, ein geltungsfähiges neuzeitliches Recht. Baldus und Bartolus sind die beiden großen Namen der Kommentatorenschule, die dem römischen Recht Gewand und Waffenrüstung schuf, in welchen es von neuem in den Kampf um die Weltherrschaft schreiten konnte. In großer Schnelligkeit ward es zunächst, das langobardische Recht allenthalben vor sich niederwerfend, nationales gemeines Recht von Italien.

5. An den italienischen Universitäten aber studierte eine große Zahl von Ausländern und insbesondere von Deutschen das römische Recht. Es erschien ihnen als die ratio scripta, und, in die Heimat zurückgekehrt, suchten sie in der Praxis seinen Grundsätzen Eingang zu verschaffen, was ihnen bei dem zersplitterten und verwirrten Zustande des Deutschen Rechts im ganzen nicht schwer wurde. Sie trafen gerade auf die kritische Zeit, in der das deutsche Wirtschaftsleben schon zu vielgestaltig sich entwickelte, als daß noch einfach auf Grund volksbewußten Herkommens für alle Fälle das richtige Recht gefunden werden konnte. Gegenüber der Fülle der Gesichte wurden die Schöffen, die über keinerlei Rechtsgelehrsamkeit verfügten, unsicher, und ihre Sprüche wurden immer zweifelhafter in ihrem Werte. Dann aber hatte auch das deutsche Recht doch noch gar nicht die Kraft gehabt, ein wissenschaftliches System zu entwickeln, das man etwa hätte studieren können. So war der Apparat der Rechtsprechung ebenso wie das zur Anwendung zu bringende Recht überlebt. Und als nun im Reich der Kaiser, in den Territorien die Fürsten den Justizapparat reorganisierten, indem sie, von den zentralen Gerichten (Hofgerichten, Kammergerichten) anfangend, Gerichtsbehörden schufen, die mit rechtsgelehrten Beamten besetzt waren, ward auch das bisherige Recht durch das neue fremde verdrängt[1]). Die Gewalthaber fanden keinen Grund, sich dem zu widersetzen, weil sie im System des römischen Rechts den fürstlichen (cäsaristischen) Absolutismus be-

[1]) In der ersten Reichskammergerichtsordnung (1495), durch welche das Reichskammergericht begründet wurde, heißt es, — das Gericht solle Recht sprechen „nach des Reychs und gemeinen Rechten“ und — darin findet die Subsidiarität des gemeinen Rechts (vgl. S. 29 Anm. 2) ihren Ausdruck — „auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften ꝛc.“

gründet sahen, den sie zu festigen strebten, und der im ständisch geprägten deutschen Herkommen keinen Platz hatte. Zumal der Kaiser sah sich als „römischer“ als den Rechtsnachfolger der Cäsaren an, und entsprechend bildete sich die Meinung, das Rechtsbuch Justinians habe als deutsches Kaisergesetz für Deutschland Geltung. So wurde das römische Recht (und mit ihm das corpus iuris canonici und die libri feudorum) des Reiches gemeines Recht.[1]). Es galt als solches subsidiär hinter dem territorialen Statutarrecht. (Parömie: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht.) Man muß sich die Sache nun nicht so vorstellen, daß etwa zwei Rechtssysteme übereinander gelegt und es etwa in der Mehrzahl der Fälle schwierig gewesen sei herauszufinden, welches Recht angewendet werden müsse. Denn das deutsche Recht hatte ja kein System. Die Statuten waren nur winzigen Inseln auf dem weiten Meere des gesamten Rechtes gleich, und zur größeren Sicherheit duldete man überdies nicht, daß die deutschen Rechtsreste durch die Logik der Ausdehnungen über sich selbst hinausgeführt wurden. So blieb die Integrität des römischen Rechtssystems geschützt. Seiner Erkundung und Ausbildung aber widmete sich eine große gelehrte und eine nicht minder reiche populäre Literatur, selbst schon vor der Verbreitung der Buchdruckerkunst.

6. Wenn das deutsche Recht, welches von der Rezeption betroffen wurde, auch im ganzen noch rückständig war, so fehlte ihm noch nicht die Kraft, sich aus sich selbst heraus weiterzubilden. Sogar im Privatrecht, das von der Umwälzung am meisten betroffen wurde, weil

---

[1]) Übrigens kamen auch zahlreiche romanisierende Landrechts- und Stadtrechtsreformationen zustande.

die neue Zeit (Entdeckung der bisher unbekannten Weltteile, Aufschwung des Handels, Emporkommen der Geldwirtschaft) ein ausgebildetes Obligationenrecht erheischte, das dem feudal-agrarisch geformten deutschen Rechte mangelte, zeigen sich die Spuren, wie man auf dem Wege war, das Fehlende zu erschaffen. Waren doch im Schuldurkundenwesen bereits Rechtsinstitute wie Wechsel und Scheck im Entstehen, die dem römischen Rechte selber fremd waren und die doch einem noch weit höher als das römische entwickelten Verkehrswesen die besten Dienste leisten! Im Prozeß brachte das römisch-kanonische Recht vor allem die dringend notwendige Neuerung eines materiellen Beweissystems. Aber einmal sind auch dazu schon im deutschen Recht allenthalben sichtbare Keime emporgesproßt gewesen, sodann waren auch im gemeinen Prozeß noch überflüssige Beweisregeln und Formalien genug vorhanden, man gedenke vor allem des Grundsatzes, daß im Strafprozeß nur der Geständige verurteilt werden durfte, und die dadurch notwendig gemachte Folter! Das Strafrecht blieb im ganzen deutsch, auch ein durch Gesetz Karls V., die berühmte „Peinliche Gerichtsordnung“ eingeführtes gemeines Strafrecht behielt die deutschrechtliche Grundlage bei, zumal auch die italienische Praxis, von der sie stark beeinflußt war, dem Romanismus Widerstand entgegengesetzt hatte. Auch Verfassung und Verwaltung behielten deutsches Gepräge. Allerdings suchte die Theorie und ihr folgend, vielfach auch die Praxis, alle Begriffe in die römische Schablone zu zwängen, dadurch ist der Charakter mancher Rechtsinstitute bedenklichen Verwischungen ausgesetzt worden.

7. Auch im Ausland haben Rezeptionen römischen und kanonischen Rechts stattgefunden. Aber nirgends so intensiv wie in Deutschland. Insbesondere die britischen

Inseln haben erfolgreich widerstanden und auf germanischer Grundlage ein Recht entwickelt, das sich dem modernen Kulturfortschritt ebensogut anzupassen vermochte wie das stark romanisierte Recht des Kontinents.

§ 10. Rechtshistorische Bedeutung der Rezeption.

Die Würdigung der Rezeption führt auf zwei einander entgegengesetzte Gesichtspunkte. Die Romanisten (Erforscher, Lehrer und Freunde des römischen Rechts) preisen begeistert die Bereicherung und Veredelung unseres Rechts durch die Aufnahme des in großartiger Kraft und Fülle aufgebauten römischen, die Rezeption ist ihnen die glückhafte Auffindung eines unerschöpflichen Schatzes. Die Germanisten (Erforscher, Lehrer und Freunde des deutschen Rechts) hingegen blicken in Trauer zurück auf das vom römischen verdrängte deutsche Recht wie auf den versunkenen Nibelungenhort und erachten die Rezeption als ein nationales Unglück. In Wahrheit haben beide Gesichtspunkte ihr Richtiges und müssen einander ergänzen. In der Art und in dem Umfange, in dem sie gekommen ist, als eine alle Deiche überspülende Sturmflut war die Rezeption jedenfalls keine Notwendigkeit. Man weiß heute, bei immer besserer Erschließung der Rechtsgeschichte der kritischen Zeit (12.—14. Jahrhundert), daß das deutsche Recht wohl imstande gewesen wäre, aus sich heraus die den veränderten Bedürfnissen entsprechenden Rechtsinstitute zu schaffen; wir haben auf die vereinzelten, triebkräftigen Ansätze dazu hingewiesen (S. 102). Es brauchte des römischen Rechtes nicht. Und es wäre unserem Volke ein großer, verhängnisvoll aufreibender Geisteskampf erspart geblieben, hätte die Rechtsentwickelung bei uns sich konsequent in nationalen Gleisen vollzogen. Schlimme Gegensätze, die noch den heutigen Generationen das Leben schwer machen, wären nicht entstanden. Gewinn ist aus diesen Kämpfen und diesen Gegensätzen nicht erwachsen; ihre schädlichen Folgen werden wir noch beleuchten. Es war in der Tat ein unseliges Verhängnis, daß in derselben Stunde, da wir uns nach einer Richtung hin von der Übermacht des römischen Geistes befreiten, diese auf einer anderen Seite wieder erdrückend hereinbrach. Dem gegenüber darf man aber das kräftig zum Fortschritt drängende Element, das in einem

Vorgang wie die Rezeption liegt, nicht übersehen. Auf keinem Felde darf die nationale Kultur gegen Einflüsse von außen durch chinesische Mauern abgesperrt werden. Die geistige Berührung der Nationen, das Ineinandertauchen der Kulturkreise ist einer der unerläßlichen Hebel des Fortschritts. Fremde Kulturelemente bilden — das lehrt die Geschichte aller völkerpsychologischen Gebilde — den Sauerteig gerade der wertvollsten Gärungen. Ist Faust, dies wundervolle Denkmal deutschen Geistes möglich ohne die Aufsaugung unübersehbarer Elemente nicht deutscher Kultur; und selbst, wenn man zu primitiverem zurückgreift: ist die urhellenische Odyssee denkbar ohne eine erkleckliche Summe phönizisches, und lehrte man uns nicht erst jüngst, wie viel nichtisraelitische Anregungen der Inhalt des Alten Testamentes birgt? Ihering hat recht, wenn er diese alten Wahrheiten auch auf das Recht angewendet wissen will. Ohne Befruchtung von außen erstarrt das Recht wie alle anderen Kultursysteme. Aber es hätte ein Maß gehalten werden müssen. Man muß eben Bestandteile des römischen Rechts unterscheiden, die sich der deutschen Rechtsidee assimiliert haben, von solchen, mit denen diese keine Verbindung hat eingehen können. Erstere — und es sind wahrscheinlich nicht wenige — müssen als dem deutschen Recht zu eigen geworden betrachtet werden, so wie es auch Elemente des französischen und englischen Rechts geworden sind, die wir rezipiert haben. Es verhält sich damit wie mit Lehnwort und Fremdwort. Letzteres erweckt unserem Sprachgefühle Unlust, ersteres mögen wir nicht missen. Die dem deutschen Rechte *eingewachsenen* Bestandteile römischen Rechts wieder herausklauben zu wollen, weil sie einmal fremde waren, ist daher sinnlos.

Anders aber liegt es mit den nicht assimilierten Massen des rezipierten Rechts. Hier ist kein Gesichtspunkt, der Schonung gebietet. Selbst der Umstand, daß die deutsche Rechtswissenschaft am römischen Rechte einst überhaupt methodisch juristisch hat denken lernen, fällt, wie auch bereis Ihering betont hat, heute so schwer nicht mehr ins Gewicht. Er muß gegen das, was die Rezeption geschadet hat, zurücktreten. Dem römischen Rechte fällt zu einem großen Teil die kastenmäßige Ständescheidung zur Last, die sich im größten Teil Deutschlands noch heute ziemlich bemerkbar macht. Es war nicht bloß die Liebe zum Herkommen, sondern daneben ein Grund sehr aktueller Natur, der in den Bauern Widerstreben und Haß gegen das römische Recht hervorrief; prägte es doch die losen, Ehre und Rang nicht übermäßig

mindernden Abhängigkeitsverhältnisse der Bauern gegenüber den Herren, wie das deutsche Recht sie hatte, in blindem Doktrinarismus um in die Kategorie der Knechtschaft. Als geistig wertvolles und politisch urteilsfähiges Element, wie er es im skandinavischen Norden blieb, ging der Bauernstand damit für Deutschland verloren! Aber selbst nachdem sich der Bauer ins Joch der Fronen längst gebeugt, blieb der Haß gegen das römische Recht und seine Vertreter, die fürstlichen Richter, vor allem die Advokaten zurück, einfach wegen der Gegensätzlichkeit des Rechtsbewußtseins. Und auf diesen Gegensatz taten sich die gelehrten Juristen gar noch viel zugute, denn das deutsche Recht galt als ein barbarisches und plebejisches, das römische umgab die Aureole der Vornehmheit und feinen Bildung. Das war zugleich ein Anstoß zu mannigfacher ungerechtfertigter Überhebung für die Juristen. Aber das schlimmste dabei war und bleibt die Zwiespältigkeit des Rechtsbewußtseins. Es gibt kaum eine schlimmere Quelle stets genährter Bitterkeit und Gehässigkeit, als wenn die Bevölkerung in zwei Teile zerfällt, die einander in ihrem *Rechtsbewußtsein* einfach nicht verstehen. Spürt doch selbst der einzelne oft brennendes Unbehagen in der Seele, wenn ihm ein dem seinigen entgegengesetztes Rechtsbewußtsein irgendwie einmal schroff und unvermittelt entgegentritt. Nun gar, wenn, wie hier der Fall, dieser Teile einer die gesamte Masse der Rechtsuchenden, der andere die rechtgebenden Personen in der Bevölkerung darstellt. Denn der nichtbäuerlichen tritt ja das römische Recht doch auch als ein fremdes gegenüber. Es bedeutet das schließlich nichts anderes als die vielberufene „Entfremdung zwischen Recht und Volk". Mangel an Verständnis und an Liebe für das geltende Recht machen sich da in gleichem Maße bemerkbar. Der Römer hatte für Rechtsangelegenheiten ein warmes ursprüngliches Interesse. Beim Spaziergang über das Forum mochte es ihn zum Anhören einer Verhandlung locken und er konnte ihr mit Verständnis folgen. Wenn bei uns der — noch so gebildete — Laie mit Interesse eine Rechtssache verfolgt, so wird der Jurist meist in der Lage sein, ihm sagen zu müssen, daß er sich an Äußerlichkeiten weide, ohne den Kern der Sache zu erfassen. Und schließlich genügt ein Blick in das bürgerliche Gesetzbuch oder die Zivilprozeßordnung, um zu sehen, wie weit das geltende Juristenrecht vom Volksverständnis abliegt. Entsprechend ist die Verständnislosigkeit, welche das Laienpublikum der *Rechtswissenschaft* (mehr als jeder anderen!) entgegen-

bringt[1]). Jedoch — und das ist uns die Hauptsache — die Zerrissenheit des Rechtsbewußtseins ist nicht bloß in persönlicher Hinsicht vorhanden, sondern sie betrifft auch das Volk als Ganzes, die Juristen eingerechnet und markiert sich entsprechend in der Seele jedes einzelnen. Der einzelne Jurist, ist, bevor er das Recht studiert, ja auch Laie, und auf sein ursprüngliches deutsches Rechtsbewußtsein wird dann das römische künstlich aufgepfropft. So wird er zum Richter und schließlich auch zum Gesetzgeber. Wir müssen die tastende Unsicherheit, die unsere Gesetzgebung an manchen Stellen zeigt, auf die Zerrissenheit des Rechtsbewußtseins schieben. Der heutigen Legislatur treten z. B. Probleme entgegen, die der sozial und assoziativ gerichtete deutsche Rechtsgedanke viel besser löst als der individualistische römische. Da ist unser halbromanisiertes Rechtsbewußtsein uns hinderlich. Aber das ist eben nur ein Beispiel. Auch an anderen Stellen wird das deutsche Volk in sichererem gesetzgeberischem Schritte sich bewegen, sobald ein einheitlich nationales Rechtsbewußtsein sich endlich wieder hergestellt haben wird. Die Wissenschaft muß — — freilich unter steter Würdigung solcher fremder Errungenschaften, die auch uns bereichern können, — durch sorgsame Pflege der deutschen Rechtsidee in Geschichte und Dogmatik dies Ziel vorbereiten helfen.

§ 11. Die Neuzeit.

Seit der Rezeption entwickelt sich nach ihren Anregungen das Recht, auf langem, mehrhundertjährigem Wege fortschreitend bis an die Schwelle der modernen Rechtsgestaltung, der Rechtsgestaltung des 19. und des anbrechenden 20. Jahrhunderts.

1. Zunächst gerät in völligen Verfall das Staatsrecht des römischen Reiches Deutscher Nation. Bekanntlich haben Kaiser Max I. und seine Nachfolger eine

---

[1]) Sehr illustrativ ist auch das Verhältnis des römischen und des modernen Rechtsbeflissenen zu seiner Wissenschaft. Justinian nennt seine studiosi iuris eine „legum cupida iuventus“. Dem Kaiser ist das wohl ernst gewesen. Wenn der heutige Rechtslehrer das Wort zitiert, kann es nicht wohl anders geschehen als im Sinne einer mehr oder weniger liebenswürdigen Ironie.

Reichsverfassungsreform versucht, indem sie geordnete Reichsfinanzen, ein Reichsheer, und zur Bewahrung des im gemeinen Rechte gewonnenen Reichsrechts, Reichsgerichte, auch eine durchgreifende Kreiseinteilung und eine geordnete Beteiligung der Reichsstände am Reichsregiment zu schaffen suchten. Ebenso bekannt ist, daß damit so gut wie nichts erreicht ward. Die Matrikularbeiträge wurden nicht gezahlt. Die Reichsarmee — eine militärische Karikatur, seit Roßbach mit unsterblicher Lächerlichkeit belorbeert. Der Reichsgerichtbarkeit wußten die Reichsstände sich durch privilegia de non appellando [1]) und de non evocando [2]) zu entziehen. Das Reichskammergericht war an Promptheit der Justiz etwa dasselbe wie die Reichsarmee an Schlagfertigkeit, und auf derselben Höhe standen die Leistungen des Reichstags [3]). Die Fürsten waren wohl geneigt, sich am Reichsregiment zu beteiligen, aber nur um die Zentralgewalt zu schwächen. „Kaiser und Reich" bezeichnet schließlich zwei Faktoren, die in stetem Gegensatz aneinander sich reiben. Zu allem dem kommt noch, daß gerade in der Zeit, die das Reichsstaatsrecht wiederherzustellen unternimmt, der Religionszwist einen Zersetzungsfaktor erzeugt, der viel tiefere Einwirkungen auf dasselbe zeitigt als die kraftlosen Bindemittel, mit denen die Reichsreform arbeitet. Die Durchlöcherung der Kaisermacht überschreitet am Ende dergestalt alle Grenzen, daß die Rechtstheorie, das Reich bilde eine, wenn auch noch so lose Lehns monarchie, sich den Tatsachen gegenüber kaum mehr aufrecht halten läßt.

[1]) Dieselben verboten den Untertanen der damit begnadeten Reichsstände, an die Reichsgerichte zu appellieren.

[2]) Dieselben verboten den Reichsgerichten, Untertanen der damit begnadeten Reichsstände vor ihr Forum zu ziehen.

[3]) Zur Geschichte des Reichskammergerichts: Goethe, Wahrheit und Dichtung, 12. Buch.

Die Reichsverfassung ist eine wahrhaft monströse, der Scharfsinn eines Pufendorf muß daran scheitern, sie irgendwie juristisch zu qualifizieren. Den letzten Stoß gab ihr der Westfälische Friede, darin der Kaiser den Reichsständen die „drei äußeren Souveränitätsrechte", Kriegsrecht, Bündnisrecht und Gesandtschaftsrecht (vgl. Teil II, S. 159, Anm.) gewähren mußte. Bloß gegen den Kaiser durfte Krieg oder Bündnis nicht gerichtet werden. Die legislatorische Kritik dieser Klausel liefern die Schlachtfelder des 7 jährigen Krieges. So siechte die Reichsverfassung dahin, bis sie im Kriegslärm des napoleonischen Zeitalters in die Grube fuhr.

2. Aufstrebend entwickelte sich dagegen das Staatsrecht der absoluten Monarchie in den außerdeutschen Staaten und in den deutschen Territorien. Es gelang den Landesherren, die Landstände, die sich ihnen gegenüber ebenso verhielten wie sie selbst als Reichsstände gegenüber dem Kaiser, niederzuzwingen. Alle Hoheitsrechte insbesondere z. B. eigene Militärmacht in Gestalt der bewaffneten Lehnsleute oder dergleichen zu halten und ihre weitgehenden Rechte bezüglich des Finanzwesens werden den Ständen entzogen, die lokale Polizei und Justiz freilich bleibt als sogen. „patrimoniale" noch lange in den Händen der Gutsherren. Mit einer aus wenigen Räten bestehenden Kanzlei (nach der in ihr vorherrschenden Beschäftigung mit den Finanzen auch nach der Schatzkammer schlechthin „Kammer" genannt) als einziger Zentralbehörde erledigt ursprünglich der Fürst die spärlichen Regierungsgeschäfte. Unter dem Einfluß der Rezeption entwächst aus ihr als zentrale Justizbehörde das Kammergericht. Weiter entließ mit wachsendem Geschäftsdrang die Hofkanzlei aus sich: für die geistlichen Angelegenheiten das Konsistorium, für das Kriegswesen die Kriegsräte u. dergl., so daß

für die Hofkammer im ganzen nur das Finanzwesen blieb, da am Ende auch für die eigentliche innere Verwaltung (die damals sogen. Policey)[1]) und für die auswärtigen Angelegenheiten (die im Gegensatz zur Policey damals sogen. Politik) Spezialbehörden geschaffen wurden. Der Landesherr konnte nun nicht mehr alle unmittelbar leiten und umgab sich daher mit einer besonders ausgewählten Zentralbehörde, dem Geheimen Rat (16. u. 17. Jahrh.). Zu den Dingen, denen der Fürst persönliche Wirksamkeit widmete, gehörten verständlicher Weise die auswärtigen Angelegenheiten. Seitdem auch der Geheime Rat zu umfangreich für ständige einheitliche Leitung wurde, wurde aus ihm für diese und andere dem Fürsten sonst persönlich nahe gehende Sachen das Kabinett abgesondert.

Nachdem in der Ausbildung der absolutistischen Verfassung und Verwaltung eine Zeit lang Österreich, Bayern, Sachsen im Vorsprung waren — der außerdeutschen Staaten nicht zu gedenken — ergriff auf Jahrhunderte hinaus Brandenburg-Preußen die Führung. Sein König Friedrich Wilhelm I. vollzog eine — freilich vom großen Kurfürsten schon angebahnte — durchgreifende Reform der Staatsverwaltungsorganisation, die schließlich alle einigermaßen bedeutenden deutschen Staaten nachahmten. Sie gipfelte in der fast vollständigen Trennung von Justiz und Verwaltung, während bis dahin fast alle Verwaltungsbehörden eine mit den Gerichten konkurrierende Justiztätigkeit entfaltet hatten, und mit der Schaffung eines geordneten dreistufigen Instanzenzuges auf beiden Gebieten. Die 3 Zentralverwaltungsbehörden: Generaldirektorium (für Finanz- und Militärverwaltung, sowie die

[1]) Daher stammen die Namen Kameral- und Polizeiwissenschaft, mit denen man früher die entsprechenden Teile der Staats- und Verwaltungslehre sowie der Nationalökonomie belegte.

übrige innere Verwaltung mit Ausnahme der Justizverwaltung), Kabinettsministerium (für das Auswärtige) und Justizdepartement (für die Justizverwaltung) sind bereits die im Keim entwickelten Vorstufen moderner Ressortministerien.

3. Die in solchen Bahnen sich entwickelnden Staaten traten seit dem 30jährigen Kriege in so lebhaften Verkehr miteinander, daß bald allenthalben ständige Gesandtschaften errichtet wurden. Damit war für die Entfaltung eines europäischen Völkerrechts ein immer fruchtbarer sich erweisender Boden geschaffen. Und zwar sind es hier wie im Staats- und Verwaltungsrecht eigenartig moderne Rechtsbildungen, die, vom römischen Recht wenig beeinflußt, Wurzel schlagen.

4. Dagegen ist das Strafrecht jener Zeit kräftigerer Antriebe fast gänzlich bar. Romanisiert hat es sich wenig, aber auch der germanische Rechtsgedanke vermochte nicht, eine befriedigende Fortbildung zu zeitigen. Deutschland erhielt 1532 eine Kodifikation in Gestalt der nach Hans von Schwarzenbergs constitutio criminalis Bambergensis von 1507 gearbeiteten constitutio criminalis Carolina (Peinlichen Gerichtsordnung Karls V.; C. C. C. oder P. G. O.), eigentlich einer Prozeßordnung, die nur in Art. 104—208 das materielle Strafrecht enthält. Von bloß subsidiärer Geltung, hat sie doch auf Wissenschaft und Praxis der Zeit einen außerordentlich großen Einfluß geübt. Die bereits erwähnte Rückständigkeit des Strafrechts ist vor allem zu erkennen in den barbarischen Strafen an Leib und Leben. Wiewohl die Carolina ausdrücklich erklärt, mildernd einzugreifen, und wiewohl ferner die spätere Praxis wiederum die harten Straffestsetzungen der Carolina systematisch umging, verfährt man immerhin noch im 18. und teilweise selbst im Anfang des 19. Jahr-

hunderts mit einer modernem Humanitätsgefühl schlechthin unerklärlichen Grausamkeit, die auch durch die namentlich seit dem 30jährigen Kriege (wahrscheinlich der Geburtsepoche des internationalen Gaunertums) furchtbare Rohheit und Häufigkeit der Verbrechen nicht gerechtfertigt wird. Dabei war auch der Strafprozeß, in dem das Inquisitionsverfahren [1]) völlig durchgedrungen war, ein wahres Schrecknis: mit unheimlicher Heimlichkeit, mit quälender Untersuchungshaft, langsamem schriftlichem Verfahren, mit seinem durch die Folter beherrschten formalen Beweissystem und seinen für nicht voll überwiesene, doch dringend verdächtige Angeklagte zu verhängenden Verdachtsstrafen. Dabei standen das materielle Strafrecht wie der Prozeß im Banne düsteren Aberglaubens; es loderten allenthalben die Scheiterhaufen der Hexen und Zauberer, und den Widerspruch erleuchteter Geister gegen solches Unwesen drückte die Autorität der angesehensten Praktiker danieder, die den Hexenprozeß wie die Folter für unentbehrlich hielten.

5. Die Domäne des römischen Rechtes (und damit der Wissenschaft) waren aber das Privatrecht und der Zivilprozeß. Freilich ist weder das gemeine Zivilrecht noch der gemeine Zivilprozeß rein römisch. Waren sie doch, wie bereits S. 99 bemerkt, schon nicht in ursprünglicher Gestalt, sondern wie sie aus der Werkstatt der italienischen Praxis kamen, rezipiert worden. In dieser waren insbesondere Elemente aus den kanonischen (kirchlichen) Quellen ins römische Recht eingedrungen [2]),

[1]) Darin „artikuliertes" Verhör (nach vorentworfenen Fragebögen). Über den Begriff vgl. Anm. 2.

[2]) Im Privatrecht insbesondere das Recht des Zinsennehmens („kanonisches Zinsverbot", wonach jegliches Zinsennehmen als Wucher galt, natürlich für die geldarme Zeit so unsinnig als möglich), ferner das Recht des Besitzes und vor allem das Eherecht rc. Für den Prozeß hat das

und zwar in den Prozeß so stark, daß man den gemeinen Prozeß seinem Quellenmaterial nach direkt als „römisch-kanonischen“ bezeichnen muß. Das Privatrecht nahm aber bei seiner Anwendung in Deutschland zahlreiche deutschrechtliche Elemente auf, die zu beseitigen dem romanischen Zelotismus der Rechtsgelehrten nie gelang, die sich vielmehr gewissermaßen im Leibe des römischen Rechtes fortbildeten und wesentliche Bestandteile des gemeinen Rechtes wurden [1]). Es ist der usus modernus (scil. pandectarum) als welcher solchermaßen das römische Privatrecht in Deutschland zur Herrschaft kommt. Von dort aus hat es auch die Rechte der übrigen kontinentalen Länder erheblich beeinflußt. Auch der gemeine Zivilprozeß empfing durch die Reichsgesetzgebung mancherlei Neuerungen [2]). Aber auch die partikulare Gesetzgebung hat in 400jähriger Entwickelung an der Verbesserung des Prozesses emsig gearbeitet und die Grundlagen für die moderne Zivilprozeßreform schaffen helfen. Und das war gut; denn wie überlegen auch der gemeine Prozeß den älteren deutschrechtlichen Formen gegenüber war, so war er doch nichts weniger als ein auserwähltes Instrument der Volksbeglückung. Heimlich, schriftlich und zum guten Teil inquisitorisch war das Verfahren. Die Parteien reichten langatmige Schriftsätze ein und das Gericht entschied auf Grund schriftlicher, von den Referenten angefertigter Aktenberichte (Referate) und Gutachten (Voten).

---

kanonische Recht vor allem das Verfahren in Ehesachen sowie die summarischen Prozeßarten begründet. Vgl. Teil II S. 119, aber auch im ordentlichen Verfahren (ordo iudiciorum sollemnis) selbst grundlegende Neuerungen geschaffen. Z. B. das „artikulierte Verhandeln“, wobei die Parteibehauptungen streng in einzelne Punkte (articuli, positiones) gegliedert sein müssen.

[1]) Auch wurde das Recht durch Reichsgesetze fortgebildet.

[2]) Reichskammergerichtsordnungen. Dann besonders der jüngste Reichsabschied (J. R. A.) 1654.

Das ergab natürlich ein furchtbar langwieriges Verfahren[1]), zumal ein moralisch wenig hochstehender Advokatenstand zur Verschleppung der einträglichen Prozesse das seinige beitrug. Dabei wurde noch die Rechtssicherheit durch die unabsehbare Zahl der Kontroversen innerhalb des materiellen Rechtes aufs höchste beeinträchtigt.

Die vorsorglichen absoluten Herrscher der deutschen Territorien, insbesondere die Könige Preußens, suchten seit Beginn des 18. Jahrhunderts nach Abhilfe für die Übel. Zuerst unter Friedrich Wilhelm I., dann unter Friedrich II. arbeitete Cocceji, der erste in der Galerie der großen preußischen Juristen an der Herstellung einer umfassenden Landrechtskodifikation, eines corpus iuris Fridericiani. Aber seine Werke blieben Entwurf bis auf eine für den Bagatellprozeß grundlegende Zivilprozeßreform[2]). Und als das Gesetzgebungswerk dann in Fluß kam und erfolgreich beendet wurde, da fiel es in eine Zeit, die eine neue Epoche der Rechtsentwickelung bedeutete, und die wir erst des näheren charakterisieren müssen. Es war aufgebaut auf die Ideen dieser Zeit und stellt selber einen ihrer bedeutsamsten Zeugen dar.

6. Es ist die Zeit der Verarbeitung der Gedanken der Aufklärung in das Recht. Wir können sie roh mit der Jahrhundertsangabe 1770—1870 begrenzen. Das Naturrecht ist der Mittler, der diesen Gedanken zur Aufnahme in das positive Recht verhilft. Der eigenartige Charakter der Aufklärungsperiode aber ist der Individualismus. Sehen wir zu, wie er seine Kraft auf den verschiedenen Rechtsgebieten betätigt.

---

[1]) Vgl. Goethes Dichtung und Wahrheit über das Reichskammergericht.

[2]) Seinem persönlichen Einfluß auf Friedrich II. ist die Abschaffung der Kabinettsjustiz, d. h. die volle Befreiung der Rechtsprechung vom Einfluß des Königs zu danken.

Eine eminente Wirkung äußert er zunächst im Staatsrecht. „Freiheit und Gleichheit hört man's schallen." Das Naturrecht jener Zeit dekretiert, Freiheit und Gleichheit seien einem jeden Individuum von Natur und kraft Vernunftgesetzes eigen, seien angeborne Menschenrechte. Auf Grund dieser Dogmen vollzieht sich eine grundstürzende Änderung der Gesellschaftsordnung. Die Beschränkungen der persönlichen Freiheit müssen fallen, als da sind Leibeigenschaft, Gutsuntertänigkeit usw., wie sie in verschiedenen Formen und Graden einen Teil der Bevölkerung (eigentlich bloß die bäuerliche) gefesselt hielten. Die Bauernbefreiung geht ihren Gang, in Preußen zwar vom Allgemeinen Landrecht gegen den Vorschlag Svarez' (vgl. unten S. 117) noch zurückgestellt, dafür dann in der Stein-Hardenbergschen Reformgesetzgebung verwirklicht. Alle Untertanen werden Staatsbürger mit gleichen bürgerlichen Rechten und zwar auch insofern, als gleichzeitig die bedeutsamen Vorrechte des Adels usw., z. B. Militärdienst- und Steuerfreiheit, vor allem aber die patrimoniale Gerichtsbarkeit und Polizei beseitigt wird. Hiermit fallen der Verwaltung des Staates so große Gebiete neuer Tätigkeit zu, daß allenthalben eine durchgreifende Verwaltungsreform sich als nötig erweist, so daß außer für das eigentliche Staatsrecht auch für das Verwaltungsrecht ein neuer Zug der Entwickelung bedingt ist[1]). Diese aber verschmilzt alsbald mit einer weiteren Richtung in der Entwickelung der Verfassung. Die „Freiheit" wird nicht nur im Sinne der Befreiung von Hörigkeit, sondern auch in dem der von Rousseau und der französischen Revolution verkündeten „Volkssouveränität" aufgefaßt. Danach muß „das Volk" min-

[1]) In Preußen Stein-Hardenbergsche Verwaltungsreform.

destens einen Anteil an der Staatslenkung haben, es entsteht so der Konstitutionalismus im Gegensatz zu dem bis dahin herrschenden Absolutismus, dessen Wahlspruch gewesen war: „Alles fürs Volk, nicht durchs Volk.“ Die französischen Verfassungen von 1791 und 1814, die belgische von 1831, die besonders vorbildlich gewirkt hat, die preußische von 1850, endlich die des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs[1]) sind die wichtigsten Merksteine auf dem Gange dieses neuen Prinzips.

Im Strafrecht äußerte sich der Individualismus in Gestalt des regen Wohlwollens gegen das Individuum, in der Humanität. Das Heer der Gegner von Folter, heimlich-inquisitorischem Verfahren und grausamer Leibesstrafe vermehrte sich gegen Ende des 18 Jahrhunderts immer stärker; Voltaire und die Italiener Filangieri und Beccaria führten es schließlich zum Siege. In Preußen hatte Friedrich II. bereits die Folter abgeschafft. 1838 wurde die letzte Hinrichtung mit dem Rade vollzogen. Die letzte Hexe ist 1782 zu Glarus verbrannt worden. Die noch übrigen Forderungen: Einführung des Anklageprinzips, der Kollegialgerichte und der Laienbeteiligung (Schöffen- und Geschworenengerichte), Mündlichkeit sowie Öffentlichkeit des Verfahrens in den Strafprozeß fand dann in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchweg Verwirklichung, alle in hervorragendem Maße ge-

[1]) Die Aufrichtung des deutschen Reichs wurde lange dadurch in Frage gestellt, daß man es sich nicht anders denken konnte denn mit dem Kaiser als Reichsmonarchen, der nur durch ein „Volkshaus“ und ein „Staate haus“ (Fürstenvertretung) konstitutionell beschränkt sein sollte. Damit wären die Fürsten zu Untertanen herabgedrückt worden, was man ihnen nicht zumuten könnte, und eine Zentralisation eingetreten, die dem Interesse der berechtigten Stammeseigenart zuwider läuft. In der geltenden Verfassung hat Bismarcks Scharfblick das Problem gelöst, indem als oberstes Organ die verbündeten Regierungen auftreten und der Kaiser als Bundespräsident nur primus inter pares ist.

eignet, die Interessen des Beschuldigten gegen Übergriffe des Gerichts zu sichern.

Auch der Zivilprozeß erfährt durchgreifende Modernisierung. Der Individualismus erhebt den Respekt vor dem privaten Interesse, gleichzeitig aber den Grundsatz, dasselbe sich selbst zu überlassen, dergestalt zum Prinzip, daß jedes Offizialverfahren (inquisitorisches Verfahren) unerträglich empfunden und demgemäß hier der Anklageprozeß in vollem Umfange hergestellt wird[1]). Zugleich wurde Öffentlichkeit und Mündlichkeit eingeführt, und, indem die Präklusivabschnitte und die Eventualmaxime samt dem Artikulieren fortfielen, das ganze Verfahren zu hoher Geschmeidigkeit erhoben, ohne an Sorgfalt und Sicherheit zu verlieren.

Nur das Privatrecht hat im Vergleich zu den anderen Rechtsteilen seine Physiognomie nicht wesentlich verändert. Im römischen Rechte hatte der Individualismus keine Mission zu erfüllen. Das entsprach von selber seinen Anforderungen. Schrankenlose Vertragsfreiheit, allenthalben schärfste Wirksamkeit des Einzelwillens unter Vernachlässigung selbst wichtiger Gemeininteressen war in ihm schon lange verwirklicht. Nur die Rechte an Landbesitz, auf deutschrechtlicher Grundlage beruhend und vielfach mehreren gemeinsame, schwerfällig zu handhabende Befugnisse zuweisend, wurden zugunsten des individuellen Privateigentums erheblich umgestaltet[2]).

---

[1]) Im Strafprozeß hat man sich zweckmäßiger Weise mit einer Kombination von Anklage- und Untersuchungsmaxime begnügt. Vgl. zu all dem: Teil II S. 112—114 u. 129 ff.

[2]) Dahin gehören: *a)* Aufteilung der Allmende. *b)* Separation und Verkoppelung, d. h. Beseitigung der Gemengelage der Grundstücke und Zuweisung derselben an bestimmte Eigentümer in geschlossener Gestalt. *c)* Ablösung kulturschädlicher Grunddienstbarkeiten (Teil II S. 73) und Reallasten. Die hierbei zu übenden Geschäfte der Verwaltung berühren sich vielfach eng mit den aus der Bauernbefreiung entstandenen. Man spricht bezüglich des ganzen wohl von „Agrarrecht", „Agrarreform", „Agrargesetzgebung" 2c.

7. Die Aufklärungsperiode war von einer hohen Siegessicherheit bezüglich ihrer kulturellen Errungenschaften wie ihrer wissenschaftlichen Lehrmeinungen getragen. Die Unumstößlichkeit der von ihr erzeugten Naturrechtsdogmen war ihr gewiß. Was Wunder, wenn sich mächtiger denn je die Lust zum Kodifizieren regte! In Preußen nahm Coccejis Nachfolger Carmer unterstützt von seinem Rate Johann Gottlieb Svarez die Arbeit am Landrecht auf. Dank der aufopferungsvollen Mühewaltung Svarez', des hellsten unter den Sternen am preußischen Juristenhimmel, konnte nach vielen Fährlichkeiten das Werk unter Dach gebracht werden. Vom 1. Juni 1794 hat das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (mit einer Allgemeinen Gerichtsordnung, einer Hypotheken- und einer Depositalordnung eine Kodifikation fast des gesamten Rechtsstoffs darstellend) bis zum 31. Dezember 1899 als subsidiäres Recht der preußischen Monarchie hinter den Provinzialrechten gegolten. Die Gliederung des reichen Inhalts war (juristisch sehr anfechtbar!) von der üblichen stark abweichend. Doch ist es klar und übersichtlich. Der bei der Herstellung in etwas naiver Weise zugrunde gelegte Plan, das Gesetz auch dem Laien verständlich zu machen, mißlang natürlich, trotz der überreichlichen Kasuistik — „aber es ist sehr dicke" hatte Friedrich II. sich geäußert — und der populären Sprache, in welcher übrigens Svarez die Basis der modernen deutschen Rechtssprache geschaffen hat. Der Geist des Gesetzes war beherrscht vom Naturrecht und den Programmen des wohlwollend bevormundenden Polizeistaats. Die stoffliche Grundlage ist das römische Recht; aber viele deutschrechtliche Elemente sind aufgefrischt und das ganze meisterlich zu einer Einheit erhoben, die unter dem Namen „Preußisches Recht" einen eigenen Platz, und

zwar einen ehrenvollen, in der Rechtsgeschichte behaupten darf.

Ähnlich hat sich Frankreich in seinen cinq codes (code civil 1804 — auch code Napoléon genannt —, code de commerce 1807, code de procédure 1806, code pénal 1810, code d'instruction criminelle 1808) ein großartiges und vielfach grundlegendes Gesetzbuch geschaffen, das in Frankreich mit geringen Veränderungen fortgilt, zahlreiche Nachahmungen in anderen Staaten fand und, in der Franzosenzeit nach Baden und der Rheinprovinz gelangt, dort teilweise ebenfalls bis 1900 gegolten hat. Von sonstigen Gesetzesschöpfungen der Zeit sind das (noch geltende) österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 und das hochbedeutsame bayrische Strafgesetzbuch von 1813 zu erwähnen.

8. Seitdem die Aufklärungsperiode selbst zu Ende ist — mit dem beginnenden 19. Jahrhundert — regt sich vielfältige Reaktion gegen die von ihr vertretenen Anschauungen; zwiefach berühren sie auch das Recht.

Die Siegessicherheit des stürmischen Fortschrittstrebens ist am Widerstande rauher Wirklichkeit zu nichte geworden. Das 18. Jahrhundert „sah den Gipfel der Humanität fern am Horizont ragen und glaubte, es sei lediglich ein Spaziergang zu ihm hinauf zu gelangen; heute stehen wir am Fuße des Berges, sehen alle Riffe und Zacken, alle gefährlichen Steige, alle schroffen Abhänge, die den langen, langen Weg erschweren, und wenn auch nicht mutlos, so doch in tiefernster Stimmung und ohne Zuversicht, für unsere Person auf den Gipfel zu gelangen, mehr im Bewußtsein, den Folgenden den Weg zu bahnen als in der Hoffnung, dort oben eine freiere Luft zu atmen, beginnen wir den Aufstieg." Dieser, durch einflußreiche Juristen mit anderweiten Gründen verstärkten

Stimmung erlag die frisch-fröhliche Kodifikationslust[1]). Man zog es vor, die notwendigen Neuerungen, die man ja doch wahrscheinlich in absehbarer Zeit würde verändern müssen, in Spezialgesetzen auszuprägen. Allerdings wuchsen diese dann bald ins ungemessene: die preußische Gesetzsammlung hat seit lange jährlich einen starken Band. Nichtsdestoweniger sind jedoch auf dem Gebiet des Prozesses und des Strafrechts zahlreiche und beachtenswerte Gesetzbücher zustande gekommen.

Eine fernere gegen die Aufklärungsperiode sich erhebende Reaktion geht gegen ihren Kern, den Individualismus. Es ist die sozialistische Tendenz, die die Geltung des Individuums hinter die Rücksicht auf das Wohl der Gesamtheit zurückstellt und vor allem vom Staate verlangt, zu diesem Behufe mit seiner Gesetzgebung einzugreifen. („Staatssozialismus.") Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts ist sie mächtig genug, um auf das Recht Einfluß zu gewinnen, und zwar so maßgebenden, daß sie die Überlieferungen der Aufklärung, soweit sie ihr widersprechen, großenteils zurückdrängt. So entsteht eine neue Epoche der Rechtsgeschichte[2]) mit der Signatur, einerseits die Errungenschaften der Aufklärung, die ihre Rolle keineswegs ausgespielt hat, zu vertiefen, andererseits das Neue, die berechtigten Forderungen des modernen Staatssozialismus in die Wirklichkeit zu übertragen. Das hervorstechendste Zeugnis für die in dieser Richtung fortschreitenden Bemühungen ist die sogen. „soziale Gesetzgebung." Der Begriff der sozialen Gesetzgebung ist enger als das Wort besagt; er umfaßt durchaus nicht alles

[1]) Insbesondere wirkte in dieser Richtung eine Schrift Savignys „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung", in der er sich gegen den Heidelberger Pandektisten Thibaut wandte, welcher die Schöpfung eines einheitlichen Deutschen Privatrechts warm befürwortet hatte.

[2]) Beginnend also etwa mit der Begründung des deutschen Reichs.

auf die im engeren Sinne sogen. sozialen Verhältnisse bezügliche Recht, sondern nur dasjenige Recht, welches den Zweck hat, den wirtschaftlich schwächeren zum Heil der Gesamtheit in seiner Existenz zu schützen. Sie geht diesen Zwecken hauptsächlich nach im Verwaltungsrecht, wo sie die Arbeiterversicherung geschaffen hat. Alsdann aber auch im Privatrecht, wo sie die Vertragsfreiheit beschränkt nach der wirtschaftlichen Machtverschiedenheit, damit die schwächeren nicht genötigt sind, sich in drückende, sei es die persönliche Freiheit gefährdende, sei es die Lebenshaltung allzusehr erniedernde Abhängigkeitsverhältnisse zu begeben.

In Deutschland charakterisieren sich die letztabgelaufene und die jüngst angebrochene Epoche der Rechtsentwickelung noch besonders durch eine neue Aufnahme fremder Rechte auf Grundlage einer erst tastend, dann gelegentlich der neueren kodifikatorischen Bestrebungen immer bestimmter und systematischer auftretenden Rechtsvergleichung. Französisches und englisches Recht sind es, die nunmehr in ziemlich bedeutendem Umfange rezipiert werden. Englisches Recht hatten zunächst die Franzosen zur Basis ihres konstitutionellen Staatsrechts gemacht, freilich in teilweise mißverständlichen Anwendungen, an denen Montesquieu, der geistvolle Übermittler der Kunde vom englischen Recht, die Schuld trägt. Es wurde sodann auch maßgebend für die Gerichtsverfassung, den Straf- und in etwas geringerem Grade auch für den Zivilprozeß. In Deutschland nahm man zunächst auf diesen Gebieten die englisch-französische Rechtsgestaltung, so wie man sie von den Franzosen empfing, zum Vorbild, bald aber trat die deutsche Wissenschaft selbständig forschend den fremden Rechten gegenüber und lieferte der Gesetzgebung unmittelbare, eigene Maßstäbe für die Wertung des englischen und des französischen

Rechtsstoffes. Aus solcher sind entstanden die vier Reichsjustizgesetze von 1877: Strafprozeßordnung, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung und Gerichtsverfassungsgesetz[1]). Ähnlich ging es im Verwaltungsrecht. Man erhielt die englischen Theorien im ganzen und großen über Frankreich, bis die glänzenden Arbeiten eines Gneist der deutschen Wissenschaft bei weitem den ersten Platz in der Erforschung des englischen öffentlichen Rechtes sicherten. Die Gesetzgebung hat ihre Wahl im allgemeinen dergestalt getroffen, daß auf die Verwaltungsorganisation überwiegend das englische (insbes. die Verwaltungsjustiz, vgl. Teil II S. 174), die einzelnen Ressorts überwiegend das französische Muster Einfluß gewonnen hat. Die Grundlage unseres Verwaltungsrechts aber muß wohl doch als eine deutsche bezeichnet werden: preußisches Recht nimmt hier neben dem englischen und französischen eine vorbildliche Stellung ein. Dagegen hat man im Strafrecht bis heute in ziemlich einseitiger Weise dem französischen Rechte Einfluß gestattet, indem das preußische Strafgesetzbuch von 1851 sich eng an den code pénal anschloß und hinwiederum das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870, welches, 1871 zum Reichsgesetz erhoben, das heute geltende ist, durchaus auf jenes preußische zurückgeht. Hat man auch den Geist des despotischen Cäsarismus, der dem code pénal (auch nach einer 1838 erfolgten Abänderung und heute, unter der dritten Republik!) seinen Stempel aufdrückt, gründlich abgeschwächt, so ist er doch nicht völlig unterdrückt. Und andererseits hat das 18. Jahrhundert eine Fülle strafrechtlich bedeutsamer Untersuchungen sozialer, psychologischer

[1]) Das gleiche gilt von zwei sehr beachtenswerten österreichischen Justizgesetzen: der Strafprozeßordnung von 1850 (einem Werk Julius Glasers) und der Zivilprozeßordnung von 1895.



und psychiatrischer Natur gebracht, die dem Gesetz fast völlig fremd geblieben sind. Es ist somit, wenn auch durchaus noch brauchbar und erträglich, reif zu einer umfassenden, modernisierenden Reform. Im Privatrecht hat das vergangene Jahrhundert dem deutschen Recht wieder einen Ehrenplatz verschafft. War hier doch das preußische Recht dem französischen mindestens ebenbürtig. So haben bereits das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 und die Allgemeine Deutsche Wechselordnung von 1848, die nach der Reichsgründung Reichsgesetze wurden, fast die halbe Welt (abgesehen von der anglo-amerikanischen) dem französischen Rechte abgewonnen. Alsdann aber hat die nationale Einigung schließlich auch die deutsche Rechtseinheit auf dem Gebiet des gesamten Privatrechts (mit geringen einzelnen Ausnahmen, bezüglich welcher die Landesgesetzgebung kompetent bleibt) gezeitigt. Seit 1874 in Arbeit, wurde das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich (nach dem zweiten Entwurf) nebst Einführungsgesetz am 16. August 1896 publiziert und ist, zusammen mit einer Grundbuchordnung und einem Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung seit dem 1. Januar 1900 als Kodifikation des bürgerlichen Reichsrechts in Geltung. Durch Novellen wurden die früheren, das bürgerliche Recht mitberührenden Reichsjustizgesetze ihm angepaßt: Reichshandelsgesetzbuch von 1897, Reichs-Zivilprozeßordnung, Reichs-Konkursordnung, Reichs-Gerichtsverfassungsgesetz von 1898. Wie alles Reichsrecht des neuen Deutschen Reichs brechen sie das Landesrecht und das Statutarrecht, soweit sie es nicht ausdrücklich bestehen lassen. Ihr eigenartiges Gepräge empfängt die neue deutsche Gesetzgebung dadurch, daß sie bereits Recht der neuen Rechtsgeschichts-
[illegible]he darstellt, indem sie den modernen sozialen Gesichts-

punkten Eingang verschafft und sich insbesondere zu einem nach Umständen der Zeit erlesenen Werkzeug sozialer Gesetzgebung gemacht hat. Das deutsche bürgerliche Recht und die einschlägigen Teile des deutschen Verwaltungsrechts (Arbeiterschutzgesetzgebung) sind in der Lage (neben dem englischen Recht), den Versuchen der anderen Nationen, in die neue Epoche der Rechtsgeschichte einzutreten, zum Vorbild zu dienen. Das erste Mal nach langer Zeit, daß das deutsche Recht nicht bloß empfangend, sondern auch gebend mit den anderen nationalen Rechten in Berührung tritt.

Im übrigen verspricht der stets zunehmende Völkerverkehr einen zunehmenden internationalen Austausch der Rechtselemente bei extensiv und intensiv gesteigerter Rechtsvergleichung durch die Wissenschaft, und vielfache Angleichung der nationalen Rechte aneinander. Die neue Epoche der Rechtsentwickelung wird in höherem Sinne als die bisherigen Weltrechtsgeschichte sein.

II. Buch.[1]

Die Rechtswissenschaft.

> „Gehalt ohne Methode führt zur Schwärmerei, Methode ohne Gehalt zum leeren Klügeln, Stoff ohne Form zum beschwerlichen Wissen, Form ohne Stoff zu einem hohlen Wähnen."
>
> Goethe.

§ 12. Die Jurisprudenz.

1. Rechtswissenschaft im weiteren Sinne ist unsere gesamte Kenntnis vom Recht. Diese Kenntnis aber ist einesteils fachmäßige, anderenteils philosophische[1]). Danach zerfällt das Wissen vom Recht in die Rechts-

[1]) Näheres hierüber S. 153ff.

wissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne, Jurisprudenz und in die Rechtsphilosophie.

2. Im Reiche der Normen walten Zusammenhänge. Denn das soziale Sein besteht aus Vorgängen der Zwecksetzung und Zweckerfüllung, welche durch die Normen geregelt sind; und die menschlichen Zwecke stehen jeweils in bestimmten Verhältnissen, durch die sie einander bedingen: der Zweck A fordert z. B. die Zwecke B, C, D, schließt die Zwecke X, Y, Z aus, u. s w. Entsprechend bestehen determinierende Zusammenhänge unter den ethischen Forderungen, deren Ausdruck die sozialen Normen sind. Denn die ethischen Forderungen sind nichts anderes als die allgemeine anerkannten Zwecke. Man bezeichnet letztere auch als die objektiv gültigen Zwecke im Gegensatz zu den bloß subjektiv gültigen, bei deren Setzung die Person, welche sie setzt, sich um die Ausrichtung (Übereinstimmung) mit den allgemein anerkannten Zwecken (also den ethischen Forderungen bezw. der sozialen Ordnung) nicht kümmert. Z. B. der Verbrecher. Die bloß subjektiv gültigen Zwecke sind die unethischen. Da sie zu der Gesamtheit der ethischen Forderungen (den objektiv gültigen Zwecken) im Widerspruch stehen, so können sie mit keiner derselben in Einklang gesetzt werden. Die objektive Gültigkeit eines Zweckes aber ist darzutun durch seinen Zusammenhang mit allen übrigen in der sozialen Ordnung repräsentierten Zwecken. Keine Vorschrift ist ethisch richtig, die nicht ins Gesamtgefüge der ethischen Forderungen hineinpaßt; eine solche kann also niemals Norm sein.

Die Disposition (Neigung und Fähigkeit) des menschlichen Geistes, Zusammenhängen nachzugehen, bis alle Widersprüche in einer idealen Einheit aufgehen, heißt Vernunft. Die Friedensordnung unter den Menschen

ist danach als vernunftgewirkte Friedensordnung zu charakterisieren, als solche unterscheidet sie sich von der instinktgeleiteten der Herdentiere. (F. Dahn.)

Die ethische Richtigkeit wird nun vom Bewußtsein der Menschen stark der logischen Richtigkeit, die ethischen Zusammenhänge den logischen angeähnelt. Man hört z. B. häufig sagen: Es ist „logisch", daß der Käufer eines Hauses vom Verkäufer mit dem Hause auch die Schlüssel zu dessen Türen übertragen erhält; es ist „logisch", daß jemand, der einem anderen eine Sache vorenthält, bezüglich der Früchte der Sache bei der Rückgabe schärfer angefaßt werde, wenn er die Sache in bösem Glauben, als wenn er sie in gutem Glauben besaß [1]); umgekehrt erscheint es „logisch", daß der Eigentümer dem Besitzer für die ordnungsmäßigen Aufwendungen, die jener auf die Sache gemacht hat, einstehe. Andererseits wird es als „unlogisch" empfunden, daß unser Staat gleichzeitig den Zweikampf bestraft und, in den Offiziersehrengerichten, welche ja in Erlassen des Staatsoberhauptes als des obersten Kriegsherrn, höchst offiziell anerkannt sind, Institutionen besitzt, durch die Zweikämpfe organisiert werden. Ebenso bezeichnet man es wohl als „unlogisch", wenn jemand gegen einen anderen eine, wenn auch gerechtfertigte Forderung geltend macht, deren Betrag er ihm doch aus einem anderen Rechtsgrunde unmittelbar wieder erstatten müßte, z. B. wenn der Erbe den Schuldner des Erblassers verklagt, dem dieser Befreiung von der Schuld vermacht hatte. (Sogen. Liberationslegat.) Oder

---

[1]) Nach römisch-gemeinem Recht muß der redliche Besitzer die zur Zeit der Klageerhebung noch bei ihm vorhandenen Früchte herausgeben, sowie auch die, die er nachher zieht und die, die er nach der Klageerhebung hätte ziehen können. Die vor der Klageerhebung verbrauchten behält er. Der unredliche Besitzer ist von vorn herein für die Früchte haftbar, die er hätte ziehen können. — Nach heutigem Reichsrecht (Bürg. Ges.-B.) etwas komplizierter.

man findet es „unlogisch“, wenn der Käufer angehalten würde, den Preis zu zahlen, während der Verkäufer die Ware nicht liefert u. s. w.

In allen diesen Fällen müßte man statt „es ist unlogisch“ setzen: „es ist unethisch“, denn es handelt sich durchaus um Zweckzusammenhänge, um ethische Forderungen. Aber dem naiven Bewußtsein ist ersteres bei weitem geläufiger. Erscheint uns doch sogar gemeinhin der Begriff der Richtigkeit ins Ethische erst aus dem Logischen übertragen, eine Tatsache, die durch den bildlichen Ausdruck „sittliche Wahrheiten“ (für „sittliche Normen“, „sittlich Richtiges“) besonders erleuchtet wird. Der Unkundige verfällt daher häufig darein, die ethischen Zusammenhänge nicht bloß den logischen anzuähneln, sondern sie vollständig in solche umzudeuten: er vollzieht statt der Assimilation des logischen und ethischen Urteilens eine Identifikation derselben. Das aber ist ein methodischer Fehler von den schwersten Folgen. In Wahrheit ist die Notwendigkeit, mit der Rechtssätze an einander als Grund und Folge geknüpft sind, doch stets nur eine ethische, nicht eine logische[1]. Sie ist daher historisch wandelbar, nicht wie die z. B. in der Mathematik ausgeprägte rein logische Notwendkeit, streng allgemeingültig und ewig. Wer behaupten will, daß aus irgend einem Rechtssatz irgend ein anderer mit unbedingter Notwendigkeit folgen, und daß es nicht anders sein könne, z. B. daß, wenn ein Recht den Kauf zulasse, es auch absolut notwendig die Möglichkeit geben müsse,

---

[1]) Sehr scharf drückt dies der römische Jurist Paulus bezüglich eines unserer obigen Beispiele aus. Er bemerkt zu dem Fall vom Erben, der den testamentarisch befreiten Schuldner verklagt: Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Aus der Einrede der Arglist (exceptio doli), die in solchen Fällen gegen den Kläger gegeben wurde (durch das prätorische Edikt), ist die Aufrechnung (Kompensation) entstanden. Über sie Teil II S. 84.

im Prozeßverfahren wegen des Kaufpreises auch den Anspruch auf Lieferung der Ware geltend zu machen[1]), der hat den Grundsatz von der Positivität des Rechtes aufgegeben und ist vollkommen ins Naturrecht hinübergeglitten. Denn er wird keine Grenze angeben können, wo die Verknüpfungen von logischer Notwendigkeit ihr Ende finden. Die Rechtsgeschichte erweist es in der Tat, daß Normen und Rechtsbegriffe, die einer Epoche als unvereinbar erscheinen, in einer anderen aufs schönste zusammenbestehen, ja als notwendig durcheinander bedingt erachtet werden. Auf die Gefahr des öden Formalismus und Schematismus, in welche die praktische Rechtsübung durch Überschätzung des logischen Elements im Recht gerät, ist bereits S. 59 nachdrücklich hingewiesen.

So sehr jedoch die Identifikation des ethischen und logischen Urteilens zu verwerfen ist, so sehr ist doch die Anlage der menschlichen Vernunft, auf der sie beruht, und welche die Assimilation des ethischen und logischen Urteilens[2]) ermöglicht, eine Tatsache, die für die ethische Kultur von unermeßlichem Werte ist. Denn dadurch wird erzielt, daß auf praktischem (moralischem) Gebiet, ähnlich wie auf dem theoretischen, Begriffe, Begriffsreihen und Schlußreihen (Syllogismen) sich bilden. Auf diese Weise wird Rechtswissenschaft möglich, welche die wissenschaftliche Durchleuchtung des Moralischen (ars boni et aequi) ist.

---

[1]) Im ältesten römischen Recht z. B. war diese Möglichkeit nicht gegeben, sondern es mußte eine besondere Klage angestrengt werden. — Sehr geeignet, ein logisch notwendiges Prinzip vorzutäuschen ist auch der römische Satz: „Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet", während er doch im deutschen Recht mehrfach durchbrochen ist. Vgl. Teil II S. 72, 74, 83, 84.

[2]) Die soeben auseinandergesetzte Verschiedenheit beider beruht darauf, daß auf theoretischem Gebiet doch nur Vorhandenes erkannt wird, während auf moralischem Gebiet die menschliche Geistestätigkeit eine rein schöpferische ist. Vgl. S. 46, S. 139 Anm. 1, S. 147.

3. Die interpretatorische Aufgabe der Jurisprudenz rückt sie in Parallele mit den philologischen Wissenschaften. Wenn August Böckh es als die Aufgabe der philologischen Interpretation bezeichnet, „das bereits Erkannte noch einmal zu erkennen“ (um es verstehend recht zu würdigen), so gilt das in noch weit höherem Maße von der juristischen. Vertieftes Verständnis eines Rechtssatzes, als welches besteht in geschärfter Einsicht in das Gefüge der Zwecke, dem der Zweck des betreffenden Rechtssatzes sich einreiht, ist nur in der Weise zu erreichen, daß ich ihn entweder einem allgemeineren Prinzip (d. i. ein umfassenderer Rechtssatz, ein „Obersatz“) unterordne, oder in Beispielen seine konkreten Anwendungen aufstelle. In der Praxis ist natürlich das letztere weit häufiger, und dient die Aufsuchung allgemeinerer Prinzipien nur dem Zwecke, auf fruchtbaren Umwegen zur Bestimmung des in concreto passenden zu gelangen. Danach bezeichnet man wohl als Aufgabe der interpretatorischen Tätigkeit die Ermittelung der passenden Rechtsnorm mittels Subsumtion. Es ist aber sonach jede richtige rechtswissenschaftliche Aussage gleichzeitig ein Rechtssatz; und das selbst, wenn man mit Strenge als Kriterium des Rechtssatzes (wie sozialer Normen überhaupt) eine gewisse Allgemeingültigkeit des Inhalts [1]) fordert, denn es gibt keine konkrete Rechtsentscheidung, deren Inhalt sich nicht noch weiter spezialisieren ließe, es gibt keine Grenzen der Spezialisierung. Jede Äußerung des rechtswissenschaftlichen Bewußtseins ist zugleich eine solche des Rechtsbewußtseins, jede richtige rechtswissenschaftliche (juristische) Aussage zugleich eine Rechtsnorm. So erweist sich die Identität der Jurisprudenz mit ihrem Gegen-

---

[1]) Vgl. II S. 161 f.

stande; eine wichtige Einsicht, denn in ihr wurzelt die Erkenntnis, daß, wie das Recht selber positiv, so auch die Jurisprudenz eine positive Wissenschaft ist, was die Philologie z. B. in der Hauptsache nicht ist, wohl aber die Theologie. Von ihr gilt, ganz entsprechend dem bei der Jurisprudenz Erwiesenen, daß eine wirkliche theologische Wahrheit stets zugleich auch eine religiöse Wahrheit sein müsse. Damit können natürlich nur die dogmatischen Wahrheiten gemeint sein. Der Ausdruck dos Dogmatischen haftet aber allen rein positiven Wissenschaftsteilen an: die Sätze des geltenden Rechts bezeichnen wir ebenso wie die der geltenden Religionsanschauungen als Dogmen, ihre wissenschaftliche Diskussion als Dogmatik[1]). Der Charakter der Jurisprudenz als positive Wissenschaft bedingt auch die Art, in welcher auf ihrem Gebiete Fortschritte möglich sind. Es kann sich da nicht, wie in den Natur-, Sprach- und historischen Wissenschaften, um die Hinzugewinnung neuer Resultate zum alten Schatze der feststehenden handeln, sondern lediglich darum, die vernunftgemäßen Zusammenhänge des jeweils geschichtlich gegebenen Rechtsideenkreises zu erfassen, damit ein möglichst bewußtes Miterleben der sozialen Entwickelung erzielt werde. Die historische Natur des Rechtes bedingt den positiven Charakter der Rechtswissenschaft; ihn zu kennen und seinem Gründen nach zu würdigen ist notwendig, damit man nicht Anforderungen stelle, die unerfüllbar sind und alsdann wegen deren Unerfüllbarkeit, wie einst selbst der philosophisch sowohl als juristisch hochgebildete Gerichtspräsident v. Kirchmann, an der Möglichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft verzweifle.

---

1) Vielfach in Gegensatz zur bloß rechtshistorischen Untersuchung gestellt.

Interpretation ist Erkenntnis des Erkannten. (Vgl. oben S. 128.) Für den Juristen als Interpreten der Gesetze gilt es, jeweils die Lösung eines sozialen Problems, welche die Gründer des Gesetzes in Gestalt irgend einer Rechtsnorm gefunden haben, in höherer Bewußtheit nochmals zu finden. Von diesem Standtpunkt die Aufgabe des Juristen betrachtend, pflegt man zu sagen, er habe „den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln", ein Bild, das zwar die dem Gesetze innewohnende unbedingte Autorität gut wiedergibt, aber wegen gewisser starker Nachteile — Bildersprache ist in der Wissenschaft, außer wo sie bloß der Exempflifikation dient, immer nachteilig, — neuerdings mit Recht immer mehr zurückgestellt wird. Die unbedingte Autorität des Gesetzes ist das Herzblatt der Rechtsübung, in ihr beruhen Friedewirkung wie Gerechtigkeitswirkung des Rechts [1]).

4. Wir kommen nun zu den einzelnen Regeln der juristischen Interpretationskunst. Ihrer sind wenige und fast alle schon von der römischen Wissenschaft bereits in der Gestalt gebildet, wie wir sie heute haben. Man faßtsie auch unter dem Namen der juristischen Hermeneutik zusammen.

Interpretation ist ihrem Berufe nach tieferes Verständnis des zu interpretierenden Geisteserzeugnisses. „Littera necat, spiritus autem vivificat" ist ihre Devise. Sie darf nicht am Worte kleben. Sinninterpretation, nicht Wortinterpretation! Das ist die Grundregel vorgeschrittener[2]) Juris-

[1]) Auf die autoritative Qualität des geltenden Rechts ist auch die Positivität der Rechtswissenschaft z. T. zurückzuführen. In der Theologie spielt die Autorität der Lehre die gleiche Rolle wie in der Jurisprudenz die des Gesetzes.

[2]) Vgl. S. 57 ff. Im übrigen darf man diese Unterscheidung nicht mit der von grammatischer und logischer Interpretation verwechseln. Mit letzterer ist die Gesetzesauslegung überhaupt gemeint, mit ersterer die rein sprachliche Untersuchung der Wortbedeutung. Statt der hergebrachten schiefen Terminologie empfiehlt sich die Bezeichnung als „philologische" und „juristische" Interpretation.

prudenz. Um ihren Anforderungen zu genügen, wird man häufig dem Gesetzesworte eine andere Bedeutung beilegen müssen als auf den ersten Blick ihm zu entspringen scheint und zwar entweder eine weitergreifende — dann übt man extensive Interpretation, oder eingeschränkte — dann hat man restriktive Interpretation zur Anwendung gebracht [1]).

Die Auffindung der zutreffenden Behandlung für den konkreten Fall wird, wie schon bemerkt, erreicht durch Subsumtion des Tatbestandes unter die auf ihn passende Rechtsnorm. In der Kunst des richtigen Subsumierens hat der Jurist sein Können zu bewähren. Doch kein Gesetzgeber kann alle Einzelfälle bedenken, während hinwiederum das praktische Bedürfnis der Gerechtigkeit sowohl wie der Friedensgarantie Lückenlosigkeit der Rechtsordnung gebieterisch erheischt. Da hilft man sich denn mit sinngemäßer Anwendung sonstiger Rechtssätze, mit der sogenannten „analogen Anwendung", oder, wie man schlechthin zu sagen pflegt, mit der Analogie. Ausgeschlossen ist diese in der Interpretation der Rechtssingularitäten. Was aber sind Rechtssingularitäten? Gewöhnlich treten sie in Gestalt historischer Anomalieen auf. Aus einer Zeit vergangener Rechtsauffassung, überlebter Systematik, ragen noch Reste des alten Rechtsgebäudes hinein ins moderne System, in die

---

[1]) Extensive Interpretation ist Sichhinwegsetzen über das Argumentum a contrario, welches im übrigen aller Rechtsfindung zugrunde liegt, d. i. der Grundsatz, daß, wenn auf irgend einen Tatbestand ein bestimmter determinierender Rechtssatz geprägt ist, in jedem Falle, der über die durch die betreffende Determination gesetzten Grenzen hinausgreift, das Gegenteil stattfindet. Erklärt z. B. das Gesetz, daß einer Frau bei der Eheschließung Dispens von dem Erfordernis der Ehemündigkeit erteilt werden kann, so ist schon aus dieser Formulierung des Rechtssatzes, ohne daß es weiter besonderer Bestimmung bedürfte, zu schließen, daß dem Manne ein gleiches nicht nachgelassen ist.

herrschende ratio iuris, dieser fremd und im Gehege ihrer Begriffseinteilungen nicht mehr recht zu rubrizieren. Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß nicht die Rechtsgeschichte den Zweckgedanken in dergleichen Rechtsschöpfungen der Vorfahren sollte angeben können, sondern, daß diese in den Zusammenhang der nach modernem Bewußtsein objektiv gültigen Zwecke nicht mehr recht passen wollen. Es ist einfach eine Konsequenz des Gesetzes von der historischen Differenzierung der Rechtsinstitute.

Doch bedenklich wäre es, sagt Dernburg in seiner klassischen Weise, deshalb die Rechtssingularitäten in Frage stellen zu wollen: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. Sie erhalten sich also als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben. Sie durch analoge Ausdehnung zu neuem Leben erwecken wollen, heißt, sich mit den in der Gegenwart objektiv gültigen Zwecken in offenen Widerspruch setzen, verderblicher juristischer Romantik huldigen, deshalb muß Analogie bei Rechtssingularitäten grundsätzlich unterbleiben [1]). Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. Ferner hat man gefunden, daß der Staatswillkür die Wege bereitet und die persönliche Freiheit gefährdet ist, wenn die Untertanen wegen irgend welcher Handlungen strafbar zur Rechenschaft gezogen werden können, für die nicht bereits vor Begehung der Tat eine Strafe in den Gesetzen ausdrücklich angeordnet ist.

---

[1]) Dagegen ist sie zulässig — allerdings mit dem in der Natur der Sache liegenden Maßhalten — bei ius singulare (Sonderrecht). Sonderrechte sind Rechtsbestimmungen, welche bestimmten Personen nach Stand, Geschlecht, Alter ꝛc. eine Sonderstellung einräumen (z. B. Rechtsbestimmungen über Soldatentestamente, über Stellung der Frau, das Handelsrecht als Recht der Kaufleute ꝛc.).

Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts hat man daher die Maxime: nulla poena sine lege (auch: nulla poena ante legem poenalem) ins Recht aller zivilisierten Staaten aufgenommen, mit der von der herrschenden Meinung noch immer aufrecht erhaltenen Ansicht, daß dadurch außer bei den Rechtssingularitäten auch bei den Strafgesetzen die Analogie ausgeschlossen sei.

Eine eigentümliche Abart der Analogie stellt sich dar in der Fiktion. Als solche bezeichnet man die Analogie dann, wenn dem Rechtsbewußtsein der Tatbestand, auf den ein Rechtssatz analog angewendet werden soll, in irgend einer Hinsicht als das konträre Gegenteil desjenigen Tatbestandes erscheint, für welchen der Rechtssatz ursprünglich zurechtgemacht worden, obwohl die ratio, der Grund der Anwendung der gleiche ist. So, wenn man im Lande ansässige Gesandte einer fremden Macht als exterritorial, d. h. als ob sie nicht im Lande ansässig und den inländischen Machtmitteln unterworfen wären, oder im Erbrecht nach dem Satze „nasciturus pro iam nato habetur" den ungeborenen Erben dem geborenen gleichstellt, oder wenn man endlich gewisse Rechte, die im übrigen den Eigentümer vor allen sonstigen dinglich Berechtigten auszeichnen, auch Nichteigentümern überträgt, oder wenn nach der Reichszivilprozeßordnung ein zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis wirkt, wie wenn der Verurteilte die Erklärung abgegeben hätte u. s. w. Die Fiktion ist ein begrifflich ziemlich nichtssagendes, häufig sogar verwirrendes und insofern bedenkliches gesetzestechnisches Mittel, wird jedoch wegen der Bequemlichkeit und Anschaulichkeit, mit der sich durch sie Rechtswirkungen, die bisher mit einem gewissen Tatbestand verknüpft waren, auf einen anderen übertragen lassen, bei der Einführung von Neuerungen

der Rechtsidee ihre bereits bei den Römern erworbene Beliebtheit behalten [1]).

5. Diese wenigen Handgriffe, welche den Bestand der traditionellen Hermeneutik ausmachen, können — so bemerkte schon Savigny — als eine wissenschaftliche Logik der Jurisprudenz als eine juristische Methodologie oder Rechtswissenschaftslehre im eigentlichen Sinne keineswegs auftreten. Ja, sie halten der logischen und erkenntnistheoretischen Kritik nur in den allerwenigsten Punkten Stand. Trotzdem dürfen sie nicht vernachlässigt werden: nicht ohne ihr Verdienst haben sie 2000 Jahre lang sich in ungeschwächtem Ansehen zu erhalten gewußt, und gerade die logische Kritik zeigt es jedesmal, mit wie bewunderungswürdigem Takt — im Gegensatz zu manchen täppisch-doktrinären Scholastizismen der späteren Zeit — die Römer diese paar heuristischen Maximen herausgefunden haben. Doch um der Einsicht in das Wesen des Rechts und der Jurisprudenz willen müssen in einer allgemeinen Rechtslehre die logischen Mängel der römischen Auslegungsregeln erörtert werden.

Da ist zunächst die Analogie. Bei ihr muß die Kritik einsetzen. Unverkennbar ist ihre Verwandtschaft mit der extensiven Interpretation. Wir fragen: Gibt es überhaupt zwischen extensiver Interpretation und Analogie einen rechten Unterschied? Fast alle Autoren behaupten es, und in dem üblichen Wortausdruck erscheint derselbe sogar als ziemlich scharf ausgeprägt. **Regelsberger**, bei dem ich die ausdrucksvollste Formulierung finde, erklärt: „Die Analogie erschließt wie die ausdehnende Auslegung aus gesetzten Vorschriften einen Rechtsstoff,

---

[1]) Vgl. hierzu Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts I S. 108.

welcher über den Wortsinn hinausgeht. Aber Ausgangspunkt und Erfolg sind verschieden. Die ausdehnende Auslegung geht davon aus, daß der Schöpfer des Rechtssatzes den umfassenderen Inhalt gewollt und sich nur im Ausdruck vergriffen hat; die Analogie dagegen, daß er sich der größeren Tragweite seiner Anordnung nicht bewußt war und sie folglich nicht wollen konnte. Jene schreitet nur über den Buchstaben, diese über den Willen des Gesetzgebers hinaus."

Nun muß es doch als ein wunderliches Unternehmen erscheinen, auch nur einigermaßen exakt feststellen zu wollen, wessen „der Gesetzgeber" sich im einzelnen Falle bewußt gewesen ist und wessen nicht, welche Einzelzwecke und Zweckverrankungen er bei Überlegung einer Vorschrift ins Auge gefaßt hat und welche ihm entgingen. Am leichtesten wird das immer noch sein, wenn es sich um Kulturerrungenschaften handelt, die zur Zeit, als das Gesetz erlassen wurde, noch unbekannt waren (insbes. z. B. auf technischem Gebiet: Elektrizität, Kraftfahrzeuge usw.). Darauf laufen denn auch die in den Lehrbüchern eventuell gebrachten Beispiele fast durchweg hinaus — wenn überhaupt welche gebracht werden; die meisten Autoren meiden sie mit einer Scheu, die deutlich zeigt, sie wissen, daß jedes Beispiel die ganze Unterscheidung von Analogie und extensiver Interpretation erbarmungslos umwirft! Keiner will so dumm oder so schlecht sein, daß er des Kaisers neue Kleider nicht sieht. Aber es sei selbst vor der Hand zugegeben, die Grenze zwischen extensiver Interpretation und Analogie wäre feststellbar — der Einwand, daß man es in der Jurisprudenz so oft mit fließenden Grenzen zu tun hat, liegt ja denkbar bequem — und es sei ferner noch vorausgesetzt, daß der Ermittelung dieser Grenze für den einzelnen Fall ein wissenschaftlicher (gleichviel ob

theoretischer oder praktischer) Wert zukomme. Dann bleibt noch immer folgendes zu bedenken:

Mit der Analogie werden, wenn sie etwas anderes sein soll als extensive Interpretation, der Rechtsordnung Zutaten eingesetzt. Die logische Natur des Rechts aber fügt es, daß jede Zutat zum Rechte Rechtsänderung ist, also Neuschöpfung von Recht. Als ein Teil der Rechtsauslegung kann sich mithin die Analogie nicht gerieren, sondern sie tritt auf — die Konsequenz wird bei der Erklärung der Analogie stets gezogen — als „Fortbildung des Rechts". Wie nun? — hatten wir nicht als Formen für die Fortbildung (Neuschöpfung) des Rechts schon an der Stelle, wo von dieser ex professo zu reden war (bei der Lehre vom Gelten und den Quellen § 2 S. 27) die Entstehungsgründe des Rechts aufgeführt und zwar in der Dreiteilung: Gewohnheit, Vereinbarung, Gesetz? Ist nun diese Dreiteilung etwa nicht erschöpfend (nach dem heutigen Stande des Rechtsbewußtseins)? Haben wir uns an der Krücke einer verfehlten Disposition einhergeschleppt, so daß wir hier auf einmal noch die Analogie als einen vierten bisher beiseite gelassenen Rechtsentstehungsgrund nachträglich einflicken müssen? Dafür dürften wir mit Fug Nachsicht beanspruchen, denn die gesamte bisherige Literatur tut es so. Und dann: die 3 festgestellten Formen der Rechtsschöpfung, die Manifestationsfaktoren der rechtserzeugenden Anerkennung, sie gehen unter dem Kollektivnamen der Gesetzgebung einher, welche ein scharf ausgeprägter und juristisch wichtiger Begriff ist. Soll unter sie auch noch die Analogie gefaßt werden, so würde man damit den ganzen im Laufe der Jahrhunderte zum Segen der Menschheit — weil er nämlich eine starke Bürgschaft der Rechtssicherheit ist — mühsam ausgestalteten formalen Unterschied zwischen

Rechtsauslegung und Rechtsschöpfung über den Haufen werfen. Denn die Rechtsfortbildung durch Analogie ist ja in die Hände des Richters und nicht der gesetzgebenden Faktoren gegeben. In der Tat, das Festhalten der Analogie ist die Leugnung der Differenzierung der im Gemeinwesen stattfindenden Funktionen Gesetzgebung und Gesetzausführung[1]). Die traditionellen Erläuterungen zur Analogie übersehen auch diese Schwierigkeiten nicht. Daß die Analogie nicht Interpretation ist, heben sie, wie wir sahen, selber hervor. Daß die ausführenden Organe (Gerichte und Verwaltungsbehörden) das Recht nicht eigenmächtig zu ändern haben, ist ihnen natürlich ebenfalls klar. Sie helfen sich also damit, daß sie die Analogie als ein neutrum ansehen, als ein drittes, das, zwischen Auslegung und Änderung des Gesetzes in der Mitte liegt.

Aber nun fragen wir wieder nach der Grenze. Wo scheidet sich diese angebliche dritte Kategorie von der Gesetzgebung? Wonach ist zu entscheiden, ob man eine der Rechtsprechung zu eigen gewordene Analogie oder ein Gewohnheitsrecht vor sich hat, und wo vor allem ist der Punkt, wo die analoge Rechtsausdehnung Halt zu machen hat, wo die Gesetzgebung einsetzen muß? Wir wollen diese Frage kurz beantworten: es gibt kein materiales Kriterium des Unterschiedes zwischen analoger Anwendung und legislatorischer Neuschöpfung.

Freilich läßt sich nun entgegenhalten: wenn man die Unterscheidung zwischen extensiver Interpretation und Analogie fallen läßt und letztere einfach der ersteren einordnet, so erhebt sich die Frage nach der Grenze mit gleicher Schärfe wie vorher für Analogie und Gesetzgebung nun für Gesetzgebung und Interpretation, und

---

[1]) Über sie näheres Teil II S. 44 u. 161.

die Beantwortung wird auf dasselbe negative Resultat hinauslaufen.

Das muß in vollem Umfange zugegeben werden. In der Tat: so fest wir den formalen Unterschied von Gesetzgebung und Interpretation halten und bewahren müssen, ein materialer Unterschied zwischen Interpretation und Gesetzgebung existiert nicht. Wann die Anziehungskraft eines Rechtssatzes nicht mehr ausreicht, um einen in seiner Region liegenden Tatbestand in seinen Bereich hineinzuziehen, wann also, um solch neuauftauchenden Tatbestand der rechtlichen Regelung zuzuführen, der Gesetzgebungsapparat zur Tätigkeit gebracht werden muß, kann nicht nach allgemeingültigen Kriterien, sondern nur willkürlich von Fall zu Fall und nicht mit juristischen, sondern bloß mit rechtspolitischen Gründen entschieden werden[1]).

Also: Es gibt zwischen Analogie und Gesetzgebung keine material feststellbare Grenze, es gibt auch keine zwischen Gesetzgebung und Interpretation — daß zwischen Interpretation und Analogie ebenfalls eine solche nicht besteht, bedarf nach dieser Erkenntnis wohl keines Beweises mehr. Jede, auch die simpelste, handgreiflichste Interpretation ist in gleicher Weise wie die kühnste Erfindung eines neuen Rechtssatzes ein schöpferischer Akt auf ethischem Gebiete. Wie sehr auch die Interpretation „Erkennen des Erkannten“ sei — und ohne Zweifel trifft dies Wort des alten Böckh den Nagel auf den Kopf —, so kann doch niemals geleugnet werden, daß sie trotzdem — oder feiner gefaßt: deswegen — zugleich Produktion des Niegeahnten ist. Denn das ist sie jedesmal, sooft

[1]) So geschah es z. B. als man beschloß, auf die widerrechtliche Entziehung elektrischer Energie nicht den Diebstahlsparagraphen des Reichsstrafgesetzbuches anzuwenden, sondern eine eigene Rechtsbestimmung neu zu prägen.

der Fall, der sie hervorgerufen, ein neuer ist, sooft nicht der Interpretierende die Lösung von einem schon entschiedenen Fall einfach kopiert. Die materiale Erwägung vertreibt die Analogie von jeder Stätte. Insbesondere aber das ungleiche Verhältnis zum „Willen des Gesetzgebers", auf dem der Unterschied zwischen Interpretation und Analogie beruht, wird ins Licht des Problematischen gerückt, weil durch folgerichtige Anwendung der Erkenntnis von der schöpferischen Natur auch der bloßen Interpretation die wissenschaftliche Geltung des Bildbegriffs „Wille des Gesetzgebers" selber erschüttert werden muß [1]).

[1]) Alleinige Richtschnur aller juristischen Operationen kann heutzutage stets nur Ermittelung des objektiv richtigen Rechts sein. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers" — von dem man manchmal fast annehmen möchte, er sei nur noch um des Analogiebegriffs willen da, und dann wiederum die Analogie des „Willens des Gesetzgebers" halber — ist aber nur zu geeignet, den Eindruck zu erregen, als ob bei einem Konflikt zwischen dem richtigen Recht und dem angeblichen „Willen des Gesetzgebers", der freilich bei der richtigen Auffassung kaum vorfallen kann, letzterer den Vorzug erhalten müsse. Es gibt keinen anderen Willen des Gesetzgebers, — wenn schon dieser Name durchaus bleiben soll — als daß richtiges Recht gefunden werde. Der allgemeine ethische Wille mit Rücksicht auf seine psychologische Fortentwickelung ist der wahre Gesetzgeber in diesem Sinne, nicht Justinian, Tribonian, Friedrich, Svarez, Napoleon oder sonst einer der verstorbenen Herrscher und Juristen, die an der Gründung eines Gesetzwerkes beteiligt waren. Letzteres ist als eine naiv personifizierende, ja fetischistische Auffassung zu bezeichnen, die außerdem auf die modernen Verhältnisse, unter denen so viele Köpfe in Kommissionen und Parlamenten an der Gesetzgebung beteiligt sind, so schlecht als möglich paßt. Leider besteht in der Praxis das durch sie bedingte Hauptübel, der Motivenkultus noch fort, d. i. jene mißbräuchliche Benutzung gedruckter Gesetzesmotive, bei der sich der Richter nicht aus den Motiven ein Bild von den Zweckreihen zu machen sucht, innerhalb deren das Gesetz sich bewegt und von den Zuständen, die es hervorriefen, sondern die von irgend welchen Teilnehmern am Gesetzeswerk geäußerten Gründe einfach zu den seinen macht. — Die naiv personifizierende Auffassung des Gesetzgeberbegriffs hatte ihre Berechtigung im Zeitalter der frühen Entwickelung einer Rechtswissenschaft, als das ethische Urteilen von der sklavischen Befolgung des Herkommens sich losmachte und nun verhütet werden mußte, daß es aus den Gleisen geriet. Heute ist der freiere Gebrauch des ethischen Erkennens genügend gefestigt, um solcher Schranken entraten zu können. Denn das ethische Erkennen ist tatsächlich in einer Entwickelung begriffen und wird auch die heute gewonnene Höhe noch weit überschreiten. Der Schritt von der Wortinterpretation zur Sinninterpretation, vom ästhetisch-symbolischen Formalismus zur logischen Form bezeichnen die Entwickelung der Vergangenheit. Die Zukunft wird ohne Zweifel immer größere Freiheit und immer höhere Entfaltung des schöpferischen Elements im ethischen Urteil hervorbringen,

Nur im formalen Element konnte für die Analogie eine Lebensmöglichkeit abfallen. Da aber geriet sie, wie wir sahen, in Konflikt mit den Kategorieen der öffentlichen Tätigkeit, welche durch Rechtssätze gründlich festgelegt sind; an der lichten Flamme des positiven Rechts verbrennt sich zuletzt das ruhlos flatternde Insekt, Analogie geheißen, die Flügel.

Es gibt am Körper des positiven Rechts, der geltenden Rechtsordnung nichts zu „ergänzen“ und „fortzubilden“. (Was doch immer als Aufgabe der Analogie hingestellt wird.) Sie ist lückenlos und steht fest, unabänderlich fest bis zu ihrer Änderung im Wege der Gesetzgebung (i. w. S. vgl. S. 27 Anm. 2). Aber, wenn wir (bei den materialen Erwägungen) sagten, jede, auch die einfachste Interpretation sei schöpferische Tat — also doch Rechtsfortbildung —, ist dann nicht ausgesprochen, daß eigentlich die Rechtsordnung keinen Augenblick stille steht, sondern ewig ununterbrochen sich entwickelt? Stehen nicht materielle und formelle Erwägung in ihrem Resultat in schreiendem Widerspruch?

Der Widerspruch muß anerkannt werden. Aber er löst sich leicht. Hier greifen zwei Wissenschaften an den Grenzen ineinander über. Die beiden widersprechenden Auskünfte über die Natur des Rechts beruhen auf verschiedener Fragestellung. Das eine Mal — bei der materialen Erwägung, deren Resultat bereits aus der historisch-soziologischen Untersuchung der Rechtsentwickelung im § 4 feststand, war die Psychologie (nämlich die Psychologie der Menschenverbände oder Völkerpsychologie) befragt, bei der formalen Erwägung die Jurisprudenz. Und beide haben nach Vermögen richtig geantwortet. Die Psychologie, die es nur mit in der Zeit verlaufenden Erscheinungen, mit Vorgängen zu tun hat,

kann auch die Rechtsordnung nur als einen Vorgang erfassen, und zwar als einen reinen, einen nimmer ruhenden Vorgang; die Jurisprudenz, die sich mit bloß begrifflichen, von Raum und Zeit gänzlich losgelösten Beziehungen abgibt, gleich der Logik und der reinen Arithmetik, kann von einer Entwickelung des Rechts, als welche ein zeitliches Verhalten wäre, nichts wissen. Jede einzelne Wissenschaft kann nur in sich selbst einheitlich und widerspruchslos sein. Die Arbeitsteilung unter den Wissenschaften bringt es mit sich, daß eine jede nur eine bestimmte Seite eines Gegenstands ins Auge fassen kann; und daß die Verschiedenheit der Ergebnisse verschiedener Wissenschaften über denselben Gegenstand sich bis zum (vorläufigen) Widerspruch steigert, ist im Grunde gar nicht selten. Es kommt nur darauf an, das durch die technisch notwendige Arbeitsteilung Getrennte durch sachgemäße Arbeitsvereinigung wieder in Einklang zu setzen. So kann und muß die Rechtsordnung von der Psychologie für in stetiger Entwickelung begriffen, von der Jurisprudenz für unwandelbar feststehend erklärt werden. Die Philosophie mag auf dem von der Hegelschen Methodenlehre gewiesenen Wege in einer höheren Einheit die Synthesis dieser Antithese herstellen. Was die Analogie angeht und den „Willen des Gesetzgebers", so ist der methodische Fehler, auf dem ihr allzulanges Fortleben als technischer Ausdrücke beruht, die unkritische Vermengung des geschichtlich-psychologischen und des juristischen Standpunktes.

Wenn hiernach die scharfe kritische Sonderung des psychologischen und des juristischen Elements durchgeführt wird, und wenn die Lehre von dem Stillstand und die in ihr gegebene von Lückenlosigkeit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung als rein juristische Wahrheit

erwiesen wird, so muß nach dem Satze von der Identität der Jurisprudenz mit ihrem Gegenstande diese ganze Lehre als positives Recht, als auf rechtlichem Machtgebot beruhend hingestellt werden. Das erscheint in der Tat als die einzig befriedigende Auffassung. Dieselbe eröffnet uns weiter weisend, wie Lehrsätze, die auf den ersten Blick als solche der reinen Rechtswissenschaftslehre erscheinen, doch eigentlich juristische und damit auch Rechtssätze sind. Es hat denn auch z. B. die Widerspruchslosigkeit des Rechts im Rechtsbuch Justinians[1]), die Lückenlosigkeit desselben im französischen Code civil[2]) gesetzlichen Ausdruck gefunden. Im geltenden deutschen Recht fehlt ein solcher, aber niemand hegt gleichwohl an der positiven Geltung des Gebots der lückenlosen und widerspruchslosen Interpretation der Gesetzgebung, oder, worauf dies auch hinausläuft, der voll durchgeführten Sinninterpretation den geringsten Zweifel. Wer zum Nachweis des positiven auch den des historischen verlangt, der sei daran erinnert, daß dies Gebot kein natürlich-begriffliches ist, sondern erst in neueren Zeiten, nach schwerem Kampfe mit der Wortinterpretation, das moderne Prinzip sich durchrang.

6. a) Jedoch erleidet durch den positiv-rechtlichen Charakter, der der Lückenlosigkeit und Widerspruchslosigkeit der Rechts-

---

[1]) Ausschluß der Antinomien in den vorbereitenden bezw. publizierenden Konstitutionen zu den Digesten: „Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.“ — „Contrarium antem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.“

[2]) Code civil Art. 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

ordnung inne wohnt, deren methodische Bedeutung keinen Abbruch. Vielmehr ist und bleibt auf sie und auf sie allein die Eigenschaft der Jurisprudenz als einer Wissenschaft begründet. Denn Wissenschaft ist eben ein in sich widerspruchsloses Wissenssystem, ein Wissen, dessen gesamter Inhalt sich unter einheitlichem Gesichtspunkt zusammenfassen läßt. Denn auf Grund davon läßt sich Richtiges und Falsches unterscheiden — was die Aufgabe der Wissenschaften ist. Was in die unter einheitlichem Gesichtspunkt ausgerichteten Zusammenhänge hineinpaßt, ist richtig, was diese abweisen und ausscheiden, falsch. So lehrt uns die kritische Philosophie Kants und sie lehrt weiter, daß solchermaßen in gleicher Weise auf theoretischem wie auf praktischem Gebiete richtiges und unrichtiges sich scheiden lasse. Sowohl das theoretisch Richtige (d. i. das Wahre) wie das praktisch Richtige (d. i. das Sittengemäße, Gute, Gerechte) ist nichts anderes als das (auf Grund des Hineinpassens in die theoretischen bezw. praktischen Zusammenhänge) allgemein Gebilligte. Aber freilich dürfen neben dem vereinenden Element die trennenden nicht übersehen werden. Denn der einheitliche Gesichtspunkt, nach dem die Zusammenhänge ausgerichtet werden, ist auf theoretischem und praktischem Gebiet gänzlich verschieden. Hier ist es die quantitative Beziehung (entweder die kausale, oder, bei Elimination des temporalen Elements aus dem Kausalitätsbegriff, mathematische), dort die qualitative (teleologische). Hier die Verknüpfung der Ursachen, dort die der Zwecke.

Dieser Unterschied und jene Übereinstimmung sind durchaus nicht immer recht gewürdigt worden. Es hat immer die Neigung bestanden, die Gleichberechtigung des praktisch-wissenschaftlichen mit dem theoretisch-wissenschaft-

lichen zu verkennen. Es ist vielfach bestritten worden, daß es andere wissenschaftlich beachtliche Zusammenhänge gebe als die kausalen, mithin gäbe es auch keine Wissenschaft außer der Naturwissenschaft. Soweit die Kunde von den sozialen Dingen nach der naturwissenschaftlichen Methode sich einrichten lasse, sei denn auch sie Wissenschaft, weiter nicht. Vor allem sei von der Jurisprudenz der Ehrenrang einer Wissenschaft zu Unrecht angemaßt. Man nennt die Weltanschauung, die in solcher Weise die gesamte Welt unter dem allein für die Naturdinge geltenden Gesichtspunkt beurteilen will und dadurch erschöpfend zu fassen meint, Materialismus. Entsprechend heißen ihre besonderen Anwendungen auf das soziale bezw. historische Gebiet „sozialer Materialismus“, auch materialistische Geschichtsauffassung[1]). Ihre Grundirrtümer dürfen als durch Kant endgültig aufgedeckt gelten. Trotzdem hat diese Richtung, von den naturwissenschaftlichen Erfolgen im 19. Jahrhundert begünstigt, und von den eigentlichen Materialisten nicht bloß, sondern auch von den Positivisten gestützt, noch einmal mit großer Kraft ihr Haupt erhoben. Der Schüler Hegels Karl Marx gab der materialistischen Geschichtsauffassung ein detailliertes Programm, Friedrich Engels den Namen[2]). Im ganzen ist die Bewegung nicht ohne wissenschaftlichen Nutzen verlaufen. Die allgemeine Gesellschaftslehre (Soziologie) ist durch sie sehr gefördert worden. Aber es ist nicht zu verkennen, daß am Ende vielfach ganz unkritische Köpfe sich des Wortes in der Debatte bemächtigt

[1]) Man kann, weiter ins einzelne gehend, z. B. auch die rein kriminalanthropologische Strafrechtstheorie „kriminalistischen Materialismus“ oder materialistische Strafrechtsauffassung“ nennen. Vgl. Teil II S. 136.

[2]) Vgl. über all dies Barth, Die Philosophie der Geschichte als Soziologie, und Stammler, Gesetzmäßigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft.

haben, so daß einer großen Reihe der neueren Theorieen nur mit Kopfschütteln begegnet werden kann. Außer einem Teil der italienischen Literatur trifft dies namentlich die Leistungen von L. Gumplowicz, der es sich besonders hat angelegen sein lassen, den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz zu diskreditieren, weil er, philosophisch ungeschult, sich andere als naturwissenschaftliche Zusammenhänge nicht denken kann. Bei ihm und gleich gerichteten Köpfen, müssen dann freilich vage Bilder (mit Vorliebe aus der Biologie, nach dem Vorbilde der Spencerschen Sozialphilosophie)[1]) Aussagen von wissenschaftlicher Exaktheit ersetzen. Die Rechtswissenschaft nicht mehr anzuerkennen oder gewaltsam zu beseitigen, würde nur zugleich mit einem unsagbaren Rückschritt in der gesamten Kultur möglich sein. Der heutige Mensch, der auch nur einmal mit Bewußtsein eine Rechtsfrage sich gestellt und beantwortet hat, sieht, auch ohne Jurist von Fach zu sein, notwendig, daß in festen, geordneten, also wissenschaftlichen Zusammenhängen das Richtige beruht. Die Frage: „Warum ist es so rechtlich richtig?", durch die der Einklang eines Rechtsbefehls mit dem System hergestellt wird, ist aus der Psyche der zivilisierten Menschen nicht mehr zu verdrängen. Die Materialisten, Naturalisten, Positivisten sagen, es sei die Gesetzmäßigkeit, die allein in der Natur herrsche, die auch die Naturwissenschaft zu einzigen Wissenschaft stemple. Aber wie denn? das Gesetzmäßige ist das objektiv Richtige, eine Naturerscheinung ist als gesetzmäßig erkannt, wenn sie mit den Regeln über die Naturvorgänge, eine menschliche Handlung ist ebenfalls gesetzmäßig, wenn sie mit den Regeln über das Handeln in Einklang steht

[1]) Vgl. Achelis, Soziologie S. 23ff. Samml. Göschen Nr. 101.

und in deren Zusammenhänge hineinpaßt. Man bedenke doch, wie erst vom praktischen der Gesetzesbegriff aufs theoretische Gebiet übertragen wurde. Nur daß auf der einen Seite kausale Gesetze (ursächliche Gesetzmäßigkeit), auf der anderen Zweckgesetze (teleologische Gesetzmäßigkeit) bestehen. Es gibt übrigens Autoren, die, nachdem sie dies alles anerkannt, noch darin einen Rückhalt suchen: die Naturgesetzmäßigkeit sei allein wirklich, die ethische nur erdacht und gedacht. Sie verweisen auf den unentrinnbaren Zwang der Naturgesetze. Aber sind wir denn dem Sittengesetze minder unentrinnbar unterworfen? Werten wir nicht unsere Handlungen und ihre Zusammenhänge ethisch unter demselben absoluten Zwange wie wir die Naturtatsachen logisch werten, kausal zu verknüpfen suchen? Gewißlich ist beides in der Menschennatur gleich tief begründet. Auch Robinson fühlt Regeln für sein Handeln gelten, das genügt. Die Realität der ethischen Gesetze ist der der Naturgesetze ebenbürtig.

b) Die Jurisprudenz kann also als Wissenschaft bestehen ohne die naturwissenschaftlichen Methoden, eben als Geisteswissenschaft. Aber der Materialismus und Naturalismus, der, mit bestimmtem wissenschaftlichem Programm auftretend, ihr gefährlich wird, ist auch in seiner naiven Art so mächtig, daß er allenthalben noch in der Würdigung der Jurisprudenz selbst bei solchen sein Spiel treibt, die sie rückhaltslos als selbstberechtigte Geisteswissenschaft anerkennen. Es handelt sich hier um zwei Gesichtspunkte. Einmal heißt man die Jurisprudenz gern ein „Rechnen mit Begriffen“. Das ist ein Bild, welches im günstigen Fall unfruchtbar bleibt, im ungünstigen, wenn man nämlich mit der Übertragung der mathematischen Methode Ernst macht, zum Allerschlimmsten führt, zum Formalismus. Denn daß juristische Entscheidungen

schöpferische Geistestätigkeit verlangen, daß ein künstlerisches Element in ihnen sich offenbart, wovon noch unten Seite 149 ff, wird dann vergessen. Zum zweiten spricht man von juristischer Scheidekunst und vergleicht wegen der erforderlichen strengen Scheidung der Begriffe, und der Analyse der Tatbestände, die Jurisprudenz, wie auch Ihering tat, der Chemie. Da hat man nun allerdings im Bilde annähernd das richtige getroffen. Doch warum das bloße Bild der sicher treffenden direkt begrifflichen Bestimmung vorziehen? Wohl spielt in der Jurisprudenz die Analyse eine gewaltige Rolle, doch keine chemische, sondern eine andere, die auch längst im Reiche der Wissenschaften Rang und Namen hat. Es ist die psychologische Analyse und Abstraktion.

Man mag das bisher übersehen haben, weil, obgleich die Jurisprudenz immer auf Psychologie gegründet war, deren methodische Nutzbarmachung erst in unserer Zeit beginnen kann. Sie stellt sich dar als die Aufgabe der Gegenwart und nächsten Zukunft. Vier Errungenschaften der modernen Psychologie sind es, die zu ihrer Lösbarkeit verhelfen: die aktualistische Seelentheorie in Verbindung mit der endgültigen Beseitigung der Lehre von den Seelenvermögen[1]), zum dritten der völkerpsychologische Gedanke[2]) und endlich der Voluntarismus, d. h. die Neigung, dem Willen die Prävalenz vor den Vorstellungen einzuräumen. (Gegensatz: „Intellektualismus".) Letzteres, weil es die

---

[1]) Vgl. S. 36. Der Aktualismus (Wundt) lehrt, daß das Wesen der Seele nur in Vorgängen, nicht in irgend welcher raumfüllenden Substanz zu suchen ist.

[2]) Das ist das von den Herbartschülern Lazarus und Steinthal begründete, von W. Wundt weitergeführte Unternehmen, psychische Massenerscheinungen zu erforschen. Gegenstand der Völkerpsychologie sind die Kultursysteme.

Jurisprudenz durchweg mit Willensverhältnissen zu tun hat. Vgl. S. 44 ff.

Psychologie ist Erforschung der Seelenvorgänge. Ihre (einzige) Methode ist die Selbstbeobachtung. Aber der methodische Fortschritt der modernen empirischen Psychologie gegen die ältere ist die Einführung der indirekten Selbstbeobachtung als hauptsächlichen Verfahrens[1]). Man beobachtet nämlich die Einwirknng irgend welcher Vorgänge aus dem Reiche der Naturtatsachen oder der geistigen auf die Seelentätigkeit und diese Vorgänge selbst zusammen (psychologisch-objektivwissenschaftliche Beobachtung). Abstrahiert man nun von den Kenntnissen, die man über diese Vorgänge aus rein-objektivwissenschaftlicher Forschung her hat, so erhält man die Kenntnis von den zu untersuchenden Seelenvorgängen als Rest. Nnn stellt sich aber im weiteren das Verhältnis zwischen Psychologie und Objektivwissenschaft (wie wir alle nichtpsychologische Forschung nennen wollen) sehr verschieden, je nachdem letztere Naturwissenschaft oder Geisteswissenschaft ist. Die Naturwissenschaft entfaltet sich für sich um so kräftiger, je mehr sie als reine Objektivwissenschaft hergestellt, von allen subjektivierenden (psychologischen) Elementen aber gereinigt wird. Das Subjektivieren, der Schluß vom eigenen Innern, wie man es aus der (besonders direkten) Selbstbeobachtung kennt, auf das Wesen der Naturkräfte, führt zu fetischistischer Auffassungsweise, welche nur allzulange die Menschheit an sachgemäßer Ausbildung der Naturwissenschaft gehindert hat. Bei den Geisteswissenschaften hingegen erzielt derjenige die größten Resultate, der am trefflichsten zu subjektivieren, am sichersten aus den Tiefen des eigenen

---

[1]) Darauf beruht insbes. die experimentelle Psychologie. Vgl. hierzu fortlaufend Lipps Psychophysik, Samml. Göschen Nr. 98.

Selbst auf das Wesen der Gegenstände zu schließen vermag. Wie die Naturwissenschaft in den Grundlagen auf die Mechanik zurück will, als die am meisten objektivierende, so alle Geisteswissenschaft auf die Psychologie als das am reinsten subjektivierende Erkennen. Es handelt sich dabei nicht um Begriffskonstruktionen, sondern um jenes Verstehen von innen heraus, welches z. B. beim „tout comprendre c'est tout pardonner" gemeint ist, um jenes „psychognostische" Arbeiten der Menschenkenntnis, die uns, wie man vulgär sagt, „aus dem Gefühl heraus" Ergebnisse über das Innenleben anderer liefert [1]), und zwar Ergebnisse, deren Sicherheit eine überraschend große ist, ohne daß für sie jemand exakt begriffliche Beweise antreten kann und die — was das wichtigste ist — einer methodischen Steigerung sich zugänglich erweist.

Der Zusammenhang zwischen Psychognosie und geisteswissenschaftlicher Arbeit ist denn auch schon lange nicht mehr unbeachtet. Insbesondere ist es ganz allgemein bekannt, daß es die psychognostische Fähigkeit ist, die den trefflichen Historiker kennzeichnet. Nun können aber alle Geisteswissenschaften in gewissem Sinne historische genannt werden, denn weil die Geisteswissenschaften Wissenschaften von den Kultursystemen sind, welche in der Geschichte ihrem Wesen nach begründet sind, so nimmt in ihrer jeder die historische Betrachtung einen breiten Raum ein. Die Wirksamkeit der psychognostischen Fähigkeiten gelangt also zum mindesten in dem großen historischen Teil der Geisteswissenschaften zur Betätigung, vielfach sogar in der Geschichte einzelner Kultursysteme noch mehr

[1]) W. Dilthey, der sich um die Beachtung dieser „beschreibenden und zergliedernden Psychologie", wie er sie nennt, besonders verdient gemacht hat, will sie außer für die Betrachtung der Kultursysteme noch hauptsächlich für die Biographie verwendet wissen.

als in der allgemeinen und politischen Geschichte. Der Kunst- oder Literaturhistoriker müssen es verstehen, in das ästhetische Bedürfnis verwichener Stufen sich hineinzufühlen, um das Wesen alter Kunst zu erschließen, das unmittelbar dem modernen Bewußtsein sich nicht mehr offenbaren will; die ideale Darstellung der Geschichte der Philosophie wäre diejenige, die unter geschickter Benutzung der psychischen Seite des biogenetischen Grundgesetzes es verstände, alle, auch die ältesten und nach jetziger Beurteilung absurdesten Probleme so zu entwickeln, daß der Leser sie alle in sich selbst findet, als auf irgend einer Entwickelungsstufe seines Geistes von ihm selber gestellt — die primitiven und überholten z. B. auf irgend welchen Stufen der Kindheit oder frühen Jugend. Dabei ist es sogar — wegen der schöpferischen Natur der Geistestätigkeit, der die Psychologie sich anbequemen muß, ganz gleichgültig, ob der Leser wirklich sich jemals die Probleme so gestellt habe, also daß ihm der Darsteller zur Rekonstruktion z. B. einer Stufe seines kindlichen Ingeniums, wie es einmal wirklich war, verholfen hätte, oder — was uns vielmehr das größere bedünkt — eine Neukonstruktion nur möglichen gewesenen Denkens zustande kommt. Das ist nämlich ganz besonders wichtig z. B. für die theologische Dogmengeschichte und für diejenige, die uns hier am meisten interessiert, für die Rechtsgeschichte. Der Historiker muß es dort verstehen, uns die religiösen Bedürfnisse und die Rechtsanschauungen überwundener Epochen so zu suggerieren, daß wir eine Gesamtanschauung finden, in die sie mit allen ihren Befangenheiten hineinpassen, so daß wir zur richtigen Würdigung gelangen, welche sich überzeugt: „so würde auch ich als Kind jener Zeit geglaubt, so das Recht für richtig gehalten haben". Diese „psychologische" Würdigung

ist die Vorbedingung fruchtbarer rechtsvergleichender Forschung, wie auch diese andererseits die psychognostische Erkennensweise mächtig zu fördern versteht. Allerdings muß man sich sagen, daß die psychognostische Fähigkeit, wie sie hier verlangt wird, nicht bloß durch Schulung erreicht werden kann, sondern auch Sache des Talents, des Taktes ist. Deshalb war oft der Dichter der glücklichste Historiker. Aber auch in dem nichthistorischen Teil der Geisteswissenschaften darf ein künstlerisch-divinatorischer Zug der Seelenanalyse nicht völlig fehlen.

Daß hier, wo also die Geisteswissenschaften auf die praktischen Bedürfnisse des Lebens Anwendung finden, ebenfalls die Psychologie die Grundlage der Arbeit bildet, ist eigentlich vulgo kaum minder geläufig wie bezüglich des historischen Gebiets, nur hat man es noch mehr versäumt, planmäßig die Konsequenzen zu ziehen. Der Pädagog, der Truppenkommandeur, der Seelenhirt, soll „Psychologe" sein. Auch wohl der Kriminalist. Nun, der Jurist überhaupt muß es sein. Zwar fällt bei der Kriminaljustiz das Psychologische eher ins Auge, womit auch die Erscheinung in Verbindung steht, daß gerade kriminelle Rechtskonflikte bei den Dichtern einen Vorzug genießen, und wird daher die neu zu schaffende wissenschaftliche Rechtspsychologie als Strafrechtspsychologie ihren Anfang nehmen. Aber sie wird sich bald über das ganze Recht ausdehnen. Beim Strafrecht hat die Rechtspsychologie auch den Vorteil, daß sie an der bereits blühenden Kriminalpsychologie einen Anhalt findet. Deshalb muß freilich um so mehr davor gewarnt werden, daß man Kriminalpsychologie und Strafrechtspsychologie zusammenwerfe. Jene gehört der Individualpsychologie an, diese der Völkerpsychologie, jene ist Psychologie des Verbrechers, diese des Strafrechts. Wenn die Psychologie Grundlage der

sophie, durchaus allgemeine und abstrakte Themata pflegend, im Gegensatze zu den aufs konkrete und besondere gehenden Fachüberlegungen den Werken des Alltags wenig nütze ist, so gibt es immer eine beträchtliche Anzahl Verächter und Feinde der Philosophie, gelehrte wie ungelehrte, die sie aus dem Buche des menschlichen Erkenntnisstrebens gänzlich verbannt wissen wollen. Diesem Verlangen wäre dann zu entsprechen, wenn, wie jene meinen, das System der Einzelwissenschaften das gesamte Maß unseres Erkennens erschöpfte.

Das ist aber offenbar nicht der Fall. Jede Einzelwissenschaft ist ausgespannt über einem sie monistisch abschließenden Fundamentalbegriff, eben demjenigen Begriffe, zu dessen fachmäßiger Erörterung sie da ist. So die Rechtswissenschaft über dem Fundamentalbegriffe „Recht“, die Wirtschaftswissenschaft über dem Fundamentalbegriffe „Wirtschaft“, die Mathematik über der „Quantität“, die Physik über der „Energie“ [1]), die Sprachwissenschaft über der „Sprache“, die Psychologie über der „Seele“ u. s. w. Die Einzelwissenschaften erklären uns ihren Fundamentalbegriff, indem sie darstellen, wie er in einzelnen variablen Fällen, an irgend welchen Gegenständen oder Vorgängen in Erscheinung tritt. Z. B. wie das Recht in Erscheinung tritt, wenn staatliche Macht dem A ein Übel zufügt, weil dieser dem B ein Übel zugefügt, wie die Energie in Erscheinung tritt, wenn eine Kugel geworfen oder ein elektrischer Strom geschlossen wird u. s. w. Wir haben uns gewöhnt, dies einzelne in Erscheinungtreten der fachwissenschaftlichen Fundamentalbegriffe mit

[1]) Bei manchen, namentlich bei stark deskriptiven (und daher weniger systematischen) Wissenschaften, wie z. B. der Geologie, Botanik, Mineralogie oder der Geschichte 2c. sind die Fundamentalbegriffe aus Gründen, die hier nicht näher erörtert werden können, erst vermittelst schwierigerer Operationen zu finden.

einer Vorstellung von Aktivität derselben zu verbinden und sagen daher: die Einzelwissenschaften erklären ihren Fundamentalbegriff, indem sie darstellen, wie er im einzelnen sich betätigt, wie er funktioniert. Einzelwissenschaft ist Lehre von Funktionen[1]. Wir lernen das Recht kennen, indem wir erfahren, wie es funktioniert, ebenso die Energie, die Seele 2c. Aber liefert damit die betreffende Einzelwissenschaft wirklich die volle Erklärung des zugehörigen Fundamentalbegriffs? Wir richten an sie die Frage: Was ist Recht, Was ist Energie — und die Antwort ist eigentlich ausweichend. Sie beginnt: „das Recht, die Energie betätigt sich, funktioniert so und so". Die Einzelwissenschaft weiß offenbar die Sache nicht vollständig, sie gibt bloß halbe Antwort; sie verhält sich wie ein unsicherer Examenskandidat, der keine Oberbegriffe weiß und deshalb, weil er nicht definieren kann, den Examinator mit Beispielen abspeisen will, zumal wie ein Kandidat der Rechte, der in seiner Not das ;„non exemplis sed legibus iudicandum est"[2] gröblich vernachlässigt. Wenn wir irgendwann die Frage „was ist?" stellen, so wollen wir vom Gegenstande der Frage nicht bloß das Wozu und Wohin wissen, sondern auch, woher er kam der Fahrt und was sein Nam' und Art. Kurzum: Oberbegriffe; wir wollen wissen, wovon er selber Funktion sei. Eine Definition ihres Fundamentalbegriffes kann keine Einzelwissenschaft geben: definitio fit per genus proximum (nächster Gattungs- oder Oberbegriff) et differentiam specificam (artbezeichnender Unterschied), und schon der nächste Oberbegriff des Fundamentalbegriffs ist der dem letzteren zugehörigen Fachwissenschaft unzugänglich.

---

[1] Der mathematische Funktionsbegriff ist von dem hier gegebenen eine bestimmte (wohl die allgemeinste) Anwendung.

[2] Eigentlich eine Erinnerung gegen den Präjudizienkultus.

Nun verzweigen sich zwar die Einzelwissenschaften vielfach und manche kann als Sonder- oder Einzeldisziplin einer umfassenderen eingeordnet werden, wie z. B. Staatsrecht, Strafrecht, bürgerliches Recht Einzeldisziplinen der Rechtswissenschaft sind. Aber schließlich gelangt man zu den letzten Begriffen, über denen noch geschlossene Einzelwissenschaften aufgebaut sind[1]). Bei allen Begriffen streckt sich die Erklärung in zwei Richtungen, gewissermaßen nach zwei Polen hin (bipolar), nämlich einmal in der Aufweisung der Funktionen, sodann in der Unterordnung des Begriffs. Beide Bedürfnisse regen sich auch den letzten fachwissenschaftlichen Fundamentalbegriffen gegenüber. Auch sie wollen nicht bloß durch ihre Funktionen erklärt, sondern außerdem noch unter höhere Gesichtspunkte eingeordnet werden. Damit betritt man das Gebiet der Philosophie. Sie ist die Wissenschaft von den Fundamentalbegriffen. Sie besorgt die Vereinigung derselben.

Dieser Gesichtspunkt der Vereinigung lenkt den Blick auf ein weiteres menschliches Geistesbedürfnis, welches die Philosophie ohne weiteres notwendig macht. Es ist das Bedürfnis nach monistischer Gestaltung des Erkennens. Es macht sich geltend darin, daß es gerade einen Fundamentalbegriff an die Spitze jeder Einzelwissenschaft stellt, es macht sich aber vor allen Dingen darin geltend, daß es die Gesamtheit des Erkennens unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen, mit einem einzigen letzten Fundamentalbegriff abzuschließen wünscht. Erkennen ist Auffinden von Richtigem, von Widerspruchslosem (vgl. S. 143ff.), und (die letzten)

[1]) Die Lage dieser letzten Begriffe und damit die Grenze zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften verschiebt sich natürlich mit fortschreitendem Erkennen. So hat sich neuestens die Psychologie als Einzelwissenschaft von der Philosophie losgelöst.

Widersprüche sind (immer) nur durch Unterordnung unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu beheben. Sahen wir doch, wie Einzelwissenschaften, abstrahierend und isolierend — darauf beruht ihre Kraft — von verschiedenen Standpunkten die Dinge betrachten [1]) und dabei schroff entgegenstehende Resultate erzielen können, z. B. an Jurisprudenz und Psychologie, von denen die eine der Rechtsidee absoluten Stillstand, die andere fortwährende Entwickelung zuschreibt. Wo ist die Einzelwissenschaft, die beide an sich durchaus richtige Sätze vereinigend des Widerspruchs beraubt? Wir mußten zu allgemeinen methodologischen, zu philosophischen Erwägungen greifen [2]).

Ist so die Notwendigkeit der Philosophie dargetan, so gilt es nunmehr noch den Inhalt der philosophischen Wissenschaften (und insbesondere der Rechtsphilosophie

---

1) Der Physiker z. B. abstrahiert bei Betrachtung der Körper von ihrer Zusammensetzung, der Chemiker wiederum von ihren Bewegungserscheinungen.

2) Vernachlässigt man sie, so beraubt man sich des Blicks für dasjenige, was außerhalb des eigenen Fachs liegt und kommt zu dem kurzsichtigen — vor allem aber gänzlich unwissenschaftlichen — Standpunkt, hinter diesem Fach höre die Wissenschaft auf. Die Kraft, die im Isolieren und Abstrahieren liegt, wird zur Schwäche, wenn der Bogen überspannt, wenn der Blick so einseitig auf die abstrahierten Gegenstände gerichtet wird, daß diejenigen, von denen abstrahiert wurde, ganz aus dem Gesichtsfeld schwinden. Die Naturwissenschaften tun z. B. Recht daran, wenn sie, von den teleologischen Zusammenhängen abstrahierend, die kausalen für ihre Beobachtung isolieren. Aber sie irren, sobald sie nun ganz und gar vergessen, daß teleologische Zusammenhänge doch auch, und zwar ebenso gut als kausale, gedacht werden können und in diesem Vergessen befangen den Zweckwissenschaften wie z. B. der Jurisprudenz die Berechtigung abstreiten und sich daran machen, mittels kausalen Denkens allein eine Welterklärung herzustellen. Freilich wird auch auf der anderen Seite gesündigt, wenn z. B. gewisse Juristen nichts von Hilfswissenschaften wissen wollen, die zur Naturwissenschaft herübergreifen oder wenn manche Theologen noch immer Moses gegen Darwin ausspielen. Aber die erstere Einseitigkeit im Abstrahieren ist, bei der Vorherrschaft der Naturwissenschaften, heute gefährlicher als die zweite; gibt es doch selbst unter den Vertretern der Gesellschaftswissenschaften solche, die Wissenschaft mit Naturwissenschaft identifizieren und demgemäß mit der naturwissenschaftlichen Methode glauben auskommen zu können. Mit welchem Erfolge, darüber vgl. S. 144 ff.

zu ermitteln. Schon aus den bisherigen Betrachtungen, insbesondere über die bipolare Richtung des Erklärens läßt sich zweierlei ableiten: daß nämlich erstens die philosophischen Wissenschaften keine anderen Gegenstände haben als die Einzelwissenschaften. Man kann über denselben Gegenstand sich philosophisch und fachwissenschaftlich äußern, nur die Behandlungsweise macht den Unterschied. Über das Recht gibt in Richtung der Funktionen die Jurisprudenz, in Richtung der Unterordnung unter höhere Gesichtspunkte die (Rechts-) Philosophie Auskunft. Dies legt die zweite Vermutung nahe, daß jedem fachwissenschaftlichen Fundamentalbegriff außer der zugehörigen Einzelwissenschaft auch eine zugehörige Philosophie wird beizuordnen sein.

Beides findet sich bei näherem Nachschauen bestätigt. Jede Einzelwissenschaft faßt in sich die Aussagen über die Beziehungen eines geschlossenen Kreises von Gegenständen. Das Nebeneinander dieser geschlossenen Gebiete, wie geschickt auch die Grenzen abgesteckt sein mögen, genügt uns jedoch nicht. Es eröffnen sich dem Blicke stets Beziehungen zwischen Gegenständen verschiedener Gebiete. Auch diese begehren erforscht, methodisch verarbeitet zu werden. Sie werden es in der Tat, und so erhebt sich außerhalb des fachwissenschaftlichen Gebiets eine weitere Erkenntnisreihe. Hat z. B. die Biologie ihr Reich so ganz für sich allein? Führen nicht tausend Fäden zur Chemie und Physik hinüber? Führen nicht andere wieder von der Physik zur Chemie und umgekehrt, fanden wir nicht zwischen Recht und Geschichte, zwischen Recht und Psychologie, zwischen Recht und Theologie die wichtigsten Beziehungen? Unendlich sind die Verzweigungen, unendlich der Verlust an Er-

kenntnisschätzen, wenn wir, dem enzyklopädischen System der Einzelwissenschaften zu Liebe, darauf verzichten wollten, diesen Verzweigungen nachzugehen.

Doch es heißt Ordnung bringen in das unübersehbare Gewirr der Verbindungsfäden zwischen den einzelnen Fächern. Das wird so am besten geschehen, daß man jedem Fundamentalbegriff einzeln neben dem fachmäßigen das auf ihn bezügliche außerfachliche (philosophische) Wissen zuordnet, neben jeder Einzelwissenschaft das gesamte Material von Beziehungen zu außenstehendem Fachwissen in eines faßt, wobei es zwar ohne einige Willkür in der Scheidung nicht abgeht, immerhin aber eine feste übersichtliche Gruppierung geschaffen wird. Also wie der Gegenbogen zum Regenbogen tritt zu jeglicher Fachwissenschaft eine bezügliche philosophische Wissenschaft, die Rechtsphilosophie zur Jurisprudenz, die Wirtschaftsphilosophie zur politischen Ökonomie (Nationalökonomie), die Naturphilosophie zur Naturwissenschaft, die Geschichtsphilosophie zur Geschichte u. s. w. Es brauchen aber durchaus nicht, wie etwa die bei der Begründung der Notwendigkeit der Philosophie angewandte Darstellung glauben machen könnte, blos letzte Fundamentalbegriffe zu sein, die außer der Fachwissenschaft noch eine Philosophie ausstrahlen, so haben wir innerhalb der Rechtsphilosophie die Strafrechtsphilosophie und die Staatsrechtsphilosophie u. a. m., innerhalb der Naturphilosophie die Philosophie der Lebenserscheinungen und die des Unbelebten u. s. w. Die Philosophie gliedert sich in Einzelphilosophien gleich dem Fachwissen und parallel demselben[1]).

---

[1]) Es könnte die Frage auftauchen, ob denn überhaupt diese Wissensinhalte identisch sind mit dem, was wir vorher als Philosophie aufzeigten, als wir sie als Wissenschaft von den Fundamentalbegriffen, also vom Allgemeinen nachwiesen. Die Frage ist unbedingt zu bejahen. Denn die Verbindungsfäden zwischen den einzelnen Wissenschaften knüpfen

Und nun läßt sich der Inhalt der philosophischen Erkenntnisreihe materiell noch deutlicher bestimmen. Wenn wir die Beziehungen der Sätze einer Einzelwissenschaft zu denen anderer erkunden, bedeutet das, daß wir diese mit jenen vergleichen, wir messen die Richtigkeit der Resultate der einen an denen der anderen (während die Einzelwissenschaften in fachmäßiger Behandlung den Maßstab der Richtigkeit allein in sich tragen). Nunmehr helfen uns zu weiterer Gruppierung die 3 Spezies des Richtigen, die wir, offenbar im Anschluß an die abstrahierten Seelenbetätigungen des Denkens, Wollens und Fühlens konstituieren, das theorethische, das ethische und das ästhetische Richtige. Danach haben, wie bereits mehrfach festgestellt, gewisse Einzelwissenschaften theoretische, andere praktische Erkenntnisqualität. Messen wir nun Resultate irgend einer Einzelwissenschaft X an anderen theoretischen Einzelwissenschaften, so werden wir über die allgemeine theoretische Richtigkeit, belehrt, über den Erkenntniswert jener Resultate, wir erfahren, wie sie sich zu den Forderungen der Logik verhalten, messen wir sie an anderen Wissenschaften aus dem Gebiet der ethischen Normenwelt, so erkunden wir ihre ethische Bedeutung, und bringen wir sie endlich in Vergleich mit den Zusammenhängen, welche der ästhetischen Richtigkeit, dem Schönen zustreben — vom Messen an bestimmten Einzelwissenschaften kann in diesem 3. Fall aus weiter unten (S. 168) anzugebenden Gründen nicht die Rede sein —, so ergibt sich, in welcher Weise sie sich zur ästhetischen

eben an in der Sphäre des Allgemeinen. Z. B. zwischen einem domizilierten Wechsel und den Benzolderivaten lassen sich wohl kaum Beziehungen auffinden, aber wenn man zum Allgemeinen aufsteigt, so findet sich historisch nachweisbar, daß für die Auffassung vom Ethischen die Auffassung von der Materie von großer Bedeutung sein kann (vgl. darüber insbes. Lange, Gesch. d. Materialismus) und so ließen sich noch unzählige Beispiele in engeren oder weiteren Grenzen konstruieren.

Beurteilung verhalten. So läßt sich an jeder philosophischen Einzeldisziplin ein logischer, ein ethischer und ein ästhetischer Teil unterscheiden. Aus diesen allen aber pflegt man die übereinstimmenden, allgemeineren Resultate abzusondern, zu vereinen, und erhält so 3 allgemeine Teile philosophischer Wissenschaft, die unter dem Namen der Logik, der Ethik und der Ästhetik fast wie Einzelwissenschaften besonderer Bearbeitung fähig und bedürftig sind. Die Resultate dieser drei Wissenschaften zusammenfassend und unter einheitlichem Gesichtspunkt vereinigend steht an der Spitze der Pyramide — oder, in anderem Bilde gedacht — am Urgrund alles Wissens, als πρώτη φιλοσοφία (Aristoteles) die Metaphysik[1]. Sie schließt

[1]) Eine Systematisierung (Enzyklopädie) der Wissenschaften, wie sie hier versucht ist, und wie unsere Zeit, gedrängt von dem Bedürfnis, das schier unübersehbar gewordene Material zu ordnen, häufiger unternimmt, denn frühere, hat keine absolute Bedeutung. Sie muß sich zunächst schon historisch ändern und entwickeln. Aber auch für eine bestimmte Epoche kann eine solche Systematisierung nicht die, sondern immer nur eine Ordnung des Ganzen bedeuten, deren wissenschaftliches Schicksal von ihrer Fruchtbarkeit abhängen wird. Achten wir z. B. auf den äußerlich ganz einzelwissenschaftlichen Anstrich der vier philosophischen Zweige Logik, Ethik, Ästhetik, Metaphysik, welchen der praktische Betrieb gebieterisch verlangt. Und es ist ferner klar, daß man für die Abgrenzung der Wissenschaften von sehr verschiedenen Standpunkten ausgehen kann und dann sehr verschiedenartige Gruppierungen erhalten wird. Man muß sich auch hier wie z. B. bei der Abgrenzung der psychischen Funktionen (S. 36) bewußt bleiben, daß man es nicht mit schachtelmäßigen Trennungen, sondern mit Abstraktionen, mit „Hilfskonstruktionen" zu tun hat. (Darum werden aber diese Abgrenzungen durchaus nicht unlohnend, so wenig als die Mathematik unlohnend wird, weil ein und dasselbe Verhältnis auf sehr verschiedene Weisen ausgedrückt werden kann.)

Ein Beleg für die Möglichkeit verschiedener Standpunkte ist, daß für die Stellung der abschließenden Grundwissenschaft neben der Philosophie auch noch andere Wissenschaften kandidieren können, z. B. die Theologie, deren Stellung in unserem System z. B. recht schwer zu bestimmen ist und nicht zuletzt die Jurisprudenz. Das wird besonders für die Zeitalter interessant, die ihre Grundwissenschaft als „Wissenschaft überhaupt" ansehen, von der alle anderen Disziplinen, die den Namen „wissenschaftlich" verdienten, nur Unterabteilungen wären, wie solches zu Zeiten undifferenzierter Wissenschaft allgemein angegeben wird. Die Alten berichten sogar von Völkern, denen das Studium der Heilkräfte allein als Wissenschaft gegolten — nicht unglaubwürdig, denn die heutige Ethnologie findet Analogieen — und der Orientalist H. Winkler schreibt in einer Darstellung, die, wenn sie selbst im Grunde unrichtig sein sollte, hochinteressant bleibt (Beziehungen

das Ganze monistisch ab. Im gewöhnlichen Sinne der Worte gibt es ja auch dualistische und pluralistische Metaphysik, wenn eben ein Metaphysiker zwei oder mehr Fundamentalien seiner Welterklärung zu Grunde legt; aber ein jeder solcher wird dann auch sagen, wie er sich das Verhältnis dieser Fundamentalien denkt, und in dieser Aussage ruht die eigentliche Basis seines Systems: so ist in dem von uns gebrauchten prägnanten Sinne jede Metaphysik monistisch. Danach also teilt sich das Gesamtgebiet der Philosophie und ebenso das eines jeden an einen einzelwissenschaftlichen Fundamentalbegriff angereihten philosophischen Wissenschaftszweiges in die vier Disziplinen der Logik, Ethik, Ästhetik und Metaphysik.

Freilich werden nicht überall diese vier gleichmäßig vertreten sein. Der Naturwissenschaft (insbesondere sofern sie auf Mechanik, also auf Mathematik zurück will, und das ist grundsätzlich bei aller methodischen Naturwissen-

der babylonischen Kultur zur unsrigen, 1902) der Astronomie eine ähnliche Stellung bei den Kulturvölkern der Nordsemiten zu. Bekannt ist die dominierende Stellung der Theologie im Mittelalter, und was die Jurisprudenz betrifft, so haben die Römer mit ihrer Erhebung auf den Thron der Wissenschaften in sehr bewußter Weise Ernst gemacht. Sie hegten die Jurisprudenz als nationale Wissenschaft kaum anders als die Hellenen die Philosophie und die Juden die Theologie. Den akademischen Charakter, das Diadem der Wissenschaft, trägt für den Hellenen nur die Philosophie, für den Römer nur die Jurisprudenz. Alles andere ist Handwerk. So ist auch für den Römer von altem Schrot und Korn lange ein Philosoph nicht viel was besseres als ein Tanzmeister; und die Griechen lassen Tätigkeiten, die uns heute als advokatorische und richterliche gelten, teilweise durch Sklaven ausüben. Als nun die beiden Nationen einander kennen lernen, und man beiderseits merkt, daß man es nicht mit „Barbaren“ zu tun hat, ist beiderseits ein großes Staunen, daß der andere Teil keine „Wissenschaft“ hat. „Ihr Banausen, wo ist eure Philosophie?“ schallt es auf der einen, „wie ist euer ius civile (ganz wie das aller anderen Völker außer dem einzigen unsern) unvollkommen und geradezu den Spott herausfordernd“ (Cicero) auf der anderen Seite. Da mochte wohl der Grieche fragen: „Aber habt ihr denn gar keine Wissenschaft von den göttlichen und menschlichen Dingen, eine Lehre zugleich von dem was gerecht ist und was verwerflich?“ Dann konnte der Römer antworten: „Gewiß!: Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia; da wir diese pflegen, sind wir“ — das mochte er mit vielsagendem Lächeln hinzufügen — „die veram nisi fallor philosophiam, non simulatam

schaft der Fall) wohnt eine starke Neigung zur Logik hinüber inne, vom Ästhetischen kann bei ihr wenig, vom Ethischen so gut wie gar nicht oder beinahe erst in denjenigen Tiefen die Rede sein, wo die Metaphysik einsetzt (vgl. S. 160 Anm.). Bei der Jurisprudenz verfällt man zunächst auf die Ethik, als auf die Ästhetik hinweisend wäre außer Kunst- und Literaturgeschichte etwa die wissenschaftliche Architekturtechnik, Tektonik zu bezeichnen. Über das Auftreten der Metaphysik wird sich grundsätzliches kaum feststellen lassen. Jedenfalls aber kann als sicher gelten, daß überall alle 4 philosophischen Fächer zur Mitwirkung gelangen.

2. Und so würden denn in der Rechtsphilosophie Rechtsmetaphysik, Rechtslogik, Rechtsethik und Rechtsästhetik zugleich, wenn auch nicht gleichmäßig vertreten sein.

---

affectantes". „Gut," erwiderte wohl dann der andere, „dann habt ihr eine Wissenschaft vom Tun und Treiben der Menschen, aber die Naturvorgänge?" — „Auf die erstrecken die Normen sich auch," lag nun, als echtem Naturrechtler, dem römischen Juristen nah zu erwidern, „da ist das ius naturale, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos „matrimonium" appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeri. Und", konnte er hinzufügen, „wenn es in der toten Natur geregelte Vorgänge gibt, so ist es eben auch Naturgesetz (lex naturae), was da waltet.

So mochte der Römer den Griechen überzeugen; gewann er doch jene kritiklose Verwechselung des immanenten Naturvorgangs mit den Normen, welche auch den späteren Naturrechtsanschauungen noch mit zugrunde liegt, aus der griechischen Philosophie. Dem Juden gegenüber, der etwa ihn wegen ungenügender Theologie interpellierte, hätte er ebenfalls auf die Qualität der iurisprudentia als der humanarum atque divinarum rerum scientia hinweisen, alsdann bemerken können, daß die Juden ja selbst ihre Wissenschaft (die Theologie) als „Lehre vom Gesetz" bezeichneten, worauf der Schluß gegeben war: iustitiam colimus et boni et aequi scientiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes ...... cuius merito quis nos sacerdotes appellet. — (Die lateinischen Zitate sind durchweg Stellen aus dem corpus iuris civilis, von Ulpian herstammend.)

Die Metaphysik des Rechtes wollen wir hier nicht zum Gegenstande eingehenderer Erörterungen machen; ein Stückchen Rechtsmetaphysik findet sich in dem Dialog S. 161 ff. Anm. (Vgl. sodann Teil II § 15 Allgemein Staatslehre und § 19 Kirchenrecht passim.)

Die Bedeutung der Logik für das Recht, von welcher jeder Laie im täglichen Leben zu reden weiß, wir haben sie in vielfacher Verwendung hier erkannt und werden sie noch weiterhin bestätigt finden. Wenn man eine Wissenschaft als solche zum Gegenstand logischer Erwägungen macht, so vergegenwärtigt man sich damit ihre Methode, die Logik wird, der Wissenschaft als ihrem Gegenstande gegenübertretend, zur Methodenlehre, auch Wissenschaftslehre oder Methodologie. So ist denn auch für die Rechtslogik die geläufigere Bezeichnung Rechtswissenschaftslehre oder juristische Methodologie. Denjenigen Teil dieser Wissenschaft, welcher die Gliederung und Gruppierung der Rechtswissenschaft sich zur Aufgabe macht, nennt man die juristische Enzyklopädie. Als für die Systemkenntnis des Juristen hervorragend wichtig, hat sie hier im § 15 besondere Behandlung gefunden, dieses außerdem noch wegen ihrer Bedeutung für die erste Einführung. Lange Zeit hat man sowohl der juristischen Methodologie wie der Enzyklopädie bloß solche elementare Funktion angewiesen und beide nur in den Einführungskompendien zur Darstellung gebracht; erst neuerdings dämmert die Erkenntnis, daß hier die schwierigsten Probleme liegen, die monographischer Bearbeitung sehr wohl würdig, und deren Diskussion auch für die allgemeine Wissenschaftslehre eminent förderlich ist. Trügt nicht alles, so ist die Rechtswissenschaftslehre zu einer führenden Rolle in der Logik für die Zukunft berufen. Dermalen freilich ist sie noch immer stark

überschattet von der Rechtsethik, die vielen allein die Rechtsphilosophie ausmacht [1]).

Dabei hat es eigentlich mit der Rechtsethik eine ganz sonderbare Bewandtnis, denn wenn man bedenkt, daß die Jurisprudenz ja es überhaupt ist, in der der ethische Gedanke zu wissenschaftlichem Bewußtsein erhoben wird, und von der er sicherlich auch seine Systematik erhält; daß darum eben auch Jurisprudenz und Ethik ein- und demselben Richtigkeitsziel zustreben, so haben die Zwischenbeziehungen hier jedenfalls eine völlig andere Stellung als sonstwo. Man könnte statt von allerengster Verbindung auch — von gar keiner sprechen, weil eben keine zu überbrückende Entfernung da ist. Die rechtsethische Wissenschaft läuft daher größtenteils hinaus auf das Bemühen, die Rechtsinstitute, insbesondere einzelne merkwürdige, zu rechtfertigen, was meist noch durch Heranziehung weiterer Rechtssätze geschieht, anstatt daß man etwa bloß das Recht mit Sittlichkeit und Sitte zusammenhielte — eine Tätigkeit also, die, wie es nicht anders sein kann, eben eigentlich juristische ist, kaum aber philosophische. Das war insbesondere möglich unter dem Bann naturrechtlicher Anschauungen, da gewisse Rechtszustände als natürliche oder gottgewollte galten. Sehr bezeichnend ist dann dabei eine ungemeine Haltlosigkeit in der Begründung der Standpunkte: So wird der Staat gerechtfertigt, einmal dem staatslosen Zustand gegenüber, da doch Gott gewollt habe, daß die Menschen gleich und frei sind, dann der Idee des Reichs (der Christenheit) gegenüber. Der Besitzschutz muß gerechtfertigt werden

---

1) Auf diese Meinung fällt noch ein besonders helles Streiflicht durch die im Zusammenhang mit ihr lange Zeit übliche Identifikation von Rechtsphilosophie und Naturrecht.

— dem Eigentum (und sonstigen Sachenrechten) gegenüber, weil man als eigentlich „natürlich" empfindet, daß dem nicht berechtigten Besitzer jeder Schutz versagt werde. Das angeblich natürliche Eigentum wiederum wird ebenfalls gegenüber gewissen in der christlichen Philosophie auftauchenden eigentumsfeindlichen Ideen gerechtfertigt. Dann kommt auch das Erbrecht als beliebtes Rechtfertigungsobjekt (gegenüber dem Gedanken, jeder solle sich das seinige selbst erarbeiten und sonstigen antikapitalistischen Forderungen) an die Reihe: am meisten aber hat sich das Strafrecht gefallen lassen müssen. Über die in unendlicher Fülle gezeitigten Strafrechtstheorien (auch „Strafrechtsphilosophie") vgl. Teil II S. 135f. Nachdem übrigens das Strafrecht gegen den Satz, die Menschen seien doch einander gleich, alle seien Sünder und nur Gott als ihrem Herrn eine Strafgewalt zuständig, oder die heute im Vordergrunde stehende Frage, wozu es gut sein solle, dem Verbrecher, der Übles getan, mit Auflegung eines Übels zu antworten — nachdem also die Strafe gegen diese Einwände gerettet ist, pflegt wiederum ebenso die Begnadigung gegen das Postulat, jeder Übeltat müsse Strafe folgen, gerechtfertigt zu werden. In dieser Rechtfertigungsphilosophie, die mit Recht an ihrem wissenschaftlichen Kredit letzthin stark gelitten hat — wenn sie auch nicht ganz verschwinden kann (vgl. Teil II S. 132f) —, unterscheidet man *relative* und *absolute* Theorien, ja nachdem die Rechtfertigung eines Instituts aus einem außer ihm liegenden selbst relativen Zweck oder einer absoluten Maxime (wie z. B. göttliches Gebot, kategorrischer Imperativ 2c.) genommen wird, wonach es also absolute und relative Besitz-, Eigentums-, Erbrechts-, Staats-, Straf-, Begnadigungs- 2c. Theorien gibt, die einander widerstreiten.

Was nun endlich die Rechtsästhetik betrifft, so ist die Berührung zwischen dem Reiche der Justitia und dem der Schönheit allerdings die schwächste, aber sie fehlt doch nicht so ganz, wie mancher vermuten möchte.

Zunächst sind Begriffe wie „Ordnung" und „Form", die doch für die Charakterisierung des Rechts als Erscheinung im menschlichen Geistesleben eine so große Rolle spielen, ohne ästhetische Einsicht nicht zu erkunden. Formen sind häufig feierlich — Feierlichkeit, sollemnitas, erst recht ein Begriff, ohne ästhetisches Urteilen nicht erfaßbar. Die Rechtsformen ferner treten in früheren Epochen vielfach im plastischen Gewande auf; aber selbst der Poesie hat das Recht nicht immer so meilenfern gestanden wie heut. Das Moment der Feierlichkeit gestaltet bei jungen Völkern Rechtshandlung und Rechtsrede poetisch. Man muß bedenken, daß in der Zeit der undifferenzierten Kultursysteme auch Gerichts- und Kultversammlung eins waren und so schon durch das Religiöse das Poetische ins Recht hineingetragen wurde. Aber es wird auch der Sprache anfangs viel leichter, abstrakte Inhalte in gebundener Rede denn in begrifflich zugespitzter Prosa wiederzugeben: wie bei uns noch manche sittliche, so gingen bei unseren Voreltern die rechtlichen Normen in großem Maßstabe im Gewande poetischer Sinnsprüche einher, und als Eike von Repgow das erste deutsche Rechtsbuch schafft, da kann er sich nur schwer von der Vorstellung losmachen, deutsches Recht müsse in deutscher Sprache poetisch gefaßt werden: er rühmt sich, daß es ihm gelungen, seinen Spiegel der Sachsen ohne Reime abzufassen. Jedoch auch was unsere Zeit der Themis musis inimica betrifft, so ist es zwar doch einmal wahr und nicht zu leugnen: Menschen, die stark mit künstlerischer Phantasie begabt sind, vermögen gerade die Jurisprudenz nicht zu lieben noch in ihr etwas zu leisten, wie sehr sie sonst auch wissenschaftlich interessiert sein mögen und fliehen sie gerne, wenn sie sich damit beschäftigen müssen — vom Griechenvolke an über Petrarca bis zu Goethe, Heine und Storm. Und unter den guten Juristen haben sich immer sehr wohl wackere Kenner aber niemals große Könner auf künstlerischem Gebiete befunden. Aber auch diese feindliche Beziehung legt doch ein bestimmtes inneres, ich möchte sagen psychologisch-erkenntnistheoretisches Verhältnis, zwischen dem juristischen und dem Phantasieelement nahe, das zu erkunden sich wohl verlohnen mag. Wiederum behaupten viele mit Ihering, die juristische Ordnung selbst, die Architektonik des Systems, die Befriedigung an eleganten

Konstruktionen trage ein ästhetisches Moment in sich und wohl nicht mit Unrecht: ist es uns doch aus der Philosophie grauer Vorzeit schon geläufig, im Schönen ein Merkmal der Unterscheidung von Kosmos und Chaos zu finden. Ferner: bei unserer der juristischen zu Grunde liegenden und sie, insbesondere im Strafrecht, stark beeinflußenden Beurteilung von Handlungen laufen sehr vielfach ästhetische Vorstellungen mit unter — denken wir z. B. an unser verschiedenes Verhalten gegenüber einem Räuber oder Mörder, der unter Umständen Sympathie abnötigen kann, und etwa einem Kuppler oder Urkundenfälscher oder gar Meineidigen. Lebt doch die Poesie im Schauspiel und Epos kaum von anderem Material als den im Grunde ethisch zu wertenden Handlungen. Darum war schon den Griechen die starke Beziehung zwischen Ethischem und Ästhetischem aufgefallen, und sie glaubten im großen und ganzen diese Beziehung als eine nah verwandtschaftliche richtig zu charakterisieren. In unseren Tagen freilich will diejenige Richtung, welche dieser Beziehung am meisten Aufmerksamkeit widmet, der im Nietzschekultus schwelgende naturalistische Subjektivismus, dieselbe als eine solche der energischsten gegenseitigen Abstoßung fassen, aber wie die entgegengesetzten Standpunkte sich auch verhalten mögen, eins ergibt sich mit Sicherheit: es besteht ein breites und für die Forschung außerordentlich vielversprechendes Grenzgebiet zwischen Ethischem und Ästhetischem, und auf diesem findet denn auch die Jurisprudenz die Möglichkeit mit der scheinbar so entlegenen Schönheit Beziehungen anzuknüpfen[1]).

B. Die Bipolarität des wissenschaftlichen Erklärens, gemäß welcher in der einen Richtung die Funktionen, in der anderen die Einordnung des zu erklärenden Begriffs unter höhere gesucht wird, äußert sich an allen

[1]) Es ergibt sich folgende auch für die Rechtswissenschaftslehre interessante Erwägung der allgemeinen Wissenschaftslehre. Zwischen den Fundamentalien der drei philosophischen Zweige gehen mit schöpferischer Kraft die wechselseitigen Verbindungen hin und her. Die Vermählung des ethischen Elements mit dem logischen zeugte die Jurisprudenz (S. 127), auf der Verbindungslinie zwischen Ethischem und Ästhetischen liegt eine Hauptwurzel ihrer theologischen Schwesterwissenschaft, der religiöse Gedanke. Nur zwischen dem Ästhetischen und Logischen waltet eine gewisse Sprödigkeit; sie gibt sich u. a. darin kund, daß ans Ästhetische keine recht ausgebildete *systematische* Einzelwissenschaft sich anschließt, sondern es vielmehr — nicht bloß in der Kunst- und Literaturgeschichte, sondern auch in der wissenschaftlichen Architekturtechnik — beim Historischen bleibt.

Begriffen, nicht bloß an den fundamentalen. Erklären heißt bekanntes für unbekanntes einsetzen, und das geschieht in doppelter Weise: bald erachten wir die Unterbegriffe als bekannt und erläutern uns durch sie den als unbekannt hingestellten Oberbegriff, bald bringen wir Unterbegriffe dadurch unserem Verständnis näher, daß wir sie als unter einen bestimmten als bekannt erachteten Oberbegriff fallend erkennen. So findet ein fortwährendes Hin und Her innerhalb der einzelnen Wissenschaften statt — eine Wechselwirkung wie im Organismus, ein gegenseitiges Ernähren von Wurzeln und Blättern. Ist nun eine Wissenschaft sehr umfangreich, etwa in eine größere Reihe bedeutsamer Einzeldisziplinen gegliedert, von denen vielleicht einzelne selbst die Lebensaufgabe von Gelehrten ausmachen können, so empfiehlt es sich, die Erkenntnis des gemeinsamen Grundbaus, zu der die Funktionserfoschungen aus allen zugehörigen Disziplinen herangetragen werden als besondere Disziplin einzurichten, als Allgemeinlehre des betreffenden Fachs z. B. als Allgemeine Chemie, Allgemeine Physiologie, Allgemeine Psychologie, Allgemeine Nationalökonomie, Allgemeine Rechtslehre. Eine solche Disziplin unterwirft die Grundlagen des betreffenden gesamten Fachs besonderer Kontrolle. (Daher auch z. B. der Name „Grundlagen der Nationalökonomie" für „Allg. N.".) Nun findet sich aber in den Darstellungen solcher Allgemeindisziplinen eine merkwürdige Erscheinung: der Fundamentalbegriff kommt eigentlich schlecht fort, die hauptsächliche Beachtung wird sogenannten Grundbegriffen oder Prinzipien gewidmet. Man macht nämlich die Bemerkung, daß man mit dem einen monistisch abschließenden Fundamentalbegriff im Bereich seiner Einzelwissenschaft nicht viel anfangen kann, er ist spröde und ungelenk, es müssen von ihm erst ein paar

nächststehende abgesondert werden, die in der täglichen Arbeit im Fache sich gelenkiger erweisen. So kann die Mathematik mit dem Quantitätsbegriff nichts anfangen, erst wenn man Größe und Zahl unterscheidet, kommt sie in Fluß. Ähnlich steht's mit dem Energiebegriff in der Physik; „Masse“ und „Bewegung“ müssen da erst abgesplittert werden. Für die Psychologie spielt die „Seele“ dieselbe Rolle: Vorstellung-Empfindung und Gefühl-Wollen müssen da erst unterschieden sein. In der Wirtschaftswissenschaft will „Wirtschaft“ allein es auch nicht tun: „Gut“ und „Wert“, „Kapital“ und „Arbeit“, sie erst sind die Grundbegriffe, mit denen recht etwas anzufangen ist. Und in der Jurisprudenz endlich zerfällen wir den Fundamentalbegriff „Recht“ in Recht im objektiven Sinne und Recht im subjektiven Sinne und reihen diesen noch Rechtssubjekt, Rechtsobjekt, Rechtsverhältnis, Rechtsbegriff und Rechtsinstitut an. Der Fundamentalbegriff — règne, mais ne gouverne pas. Aber seine Bedeutung hat er, wie jeder andere konstitutionelle Monarch doch, er liefert den unentbehrlichen monistischen Abschluß. Wir bedürfen ihrer beider, des monisierenden Fundamentalbegriffs und der pluralisierenden Prinzipien. Der Monismus (im hier gemeinten Sinn) ist abschließend, aber nicht fruchtbar. Er ist ein Moment der Beruhigung, der in den Prinzipien herrschende Pluralismus aber ein solches der Reizung, geeignet nnd berufen, die Diskussion zu entzünden.

So ist es allemal nicht bloß ein einziger, der Fundamentalbegriff, sondern mehrere, die Grundbegriffe (Prinzipien), deren Erklärung die Allgemeindisziplinen sich widmen, weshalb z. B. die allgemeine Rechtslehre auch unter den Namen: „Juristische Prinzipienlehre“ oder „Kritik der juristischen Grundbegriffe“ auf-

tritt. Der letztere Name enthält gewissermaßen ein Programm, das Programm, welches die Herstellung der allgemeinen Rechtslehre als selbständiger, wohl anzubauender Disziplin der Jurisprudenz fordert: die Grundbegriffe müssen auf kritische Weise rein erhalten werden, damit der Bau der Gesamtwissenschaft vom Rechte sicher gegründet werde. Solche Kritik ist durchaus kein einseitig konservatives, sondern im Gegenteil ein eminent fortschrittliches Unternehmen; gilt es doch vor allem, die Lehre von den Grundbegriffen stets in Einklang zu bringen mit dem, was über die funktionellen Einzelheiten des Rechts neu ermittelt wird: die allgemeine Rechtslehre ist die kritisch abstrahierende Konstruktion der Grundbegriffe aus der Fülle des gesamten von den Einzeldisziplinen herangebrachten Materials und wahrt so der letzteren Zusammenhang. Da aber der praktische Beruf der Rechtswissenschaft das Festhalten des Gesamtzusammenhanges so gebieterisch fordert, wie dies in keiner anderen Wissenschaft der Fall ist, so finden wir in allen juristischen Einzelfächern die besondere sorgfältige Behandlung der Grundbegriffe — wenn auch, den verkleinerten Verhältnissen gemäß nicht in besonderen Disziplinen, vielmehr in sogenannten „Allgemeinen Teilen". Das Privatrecht, das Strafrecht, das Staats- und Verwaltungsrecht, der Prozeß, alle haben sie ihren „Allgemeinen Teil" als verkleinertes Abbild (und als Rubrik) der „Allgemeinen Rechtslehre": die allgemeine Rechtslehre aber ist „der allgemeine Teil der (gesamten) Rechtswissenschaft". Und wie jene allgemeinen Teile der Einzelfächer, richtig verstanden, streng juristisch behandelt werden müssen, so ist auch die allgemeine Rechtslehre eine streng juristische Disziplin. Sie greift nicht, wie die Rechtsphilosophie, von der sie eben dadurch begrifflich schroff getrennt wird,

über das Recht hinaus, sondern hält sich streng in den Grenzen, innerhalb welcher die Funktionen des Fundamentalbegriffs „Recht“ sich bewegen. Die Begriffe, die zur Erkenntnis vom Wesen des Rechts die Philosophie verwendet, sind grundsätzlich nichtjuristische, diejenigen, welche die allgemeine Rechtslehre verarbeitet, ebenso grundsätzlich die gewöhnlichen Rechtsbegriffe. Allgemeine Rechtslehre ist im Gegensatz zur Rechtsphilosophie Erläuterung der juristischen Grundbegriffe aus den juristischen „Funktionalien“, wie wir diejenigen Begriffe (in Rechts- und sonstigen Wissenschaften), die nicht Grundbegriffe sind, zum Unterschied von diesen und den Fundamentalbegriffen benennen wollen [1]).

Begrifflich sichere materiale Kriterien für die Abgrenzung der Grundbegriffe gegen die gewöhnlichen Funktionalien in einer Wissenschaft sind meist nicht leicht zu finden, und sie lassen sich daher auch durchaus nicht immer mit völliger Bestimmtheit aufzählen. Ein formales

---

[1]) Das an der Rechtswissenschaft hier entwickelte gilt analog für alle anderen Wissenschaften. Von diesem Gesichtspunkt ist auch der die Rechtswissenschaft natürlich sehr nahe berührende Vorgang der Ausscheidung einer „Allgemeinen Gesellschaftslehre“ als Sonderdisziplin aus dem gewaltigen Reich der Gesellschaftswissenschaft zu beurteilen. Es handelt sich dabei um das Hervortreten der „Soziologie“, einer Wissenschaft, deren gute Berechtigung mehr und mehr zugegeben wird, wiewohl man sich über ihre Aufgaben und Grenzen noch immer nicht hat einigen können. Man hat sie mit der Geschichtsphilosophie und mit der Sozialphilosophie zusammengeworfen. Ersteres konnte nur geschehen, indem man fehlerhafterweise die Bezeichnung „Geschichtsphilosophie“ auf eine bestimmte geschichtliche Darstellungsform anwendete; letzteres wird unmöglich, nachdem R. Stammler in „Wirtschaft und Recht“ und „Lehre von dem richtigen Rechte“ die Grundlinien einer Sozialphilosophie tatsächlich entworfen hat und an ihnen klar zu sehen ist, daß die Sozialphilosophie als die an den Fundamentalbegriff „Gesellschaft“ geknüpfte philosophische Erörterung mit dem, was man unter Soziologie versteht, nichts zu tun hat. Bei dieser ist man sich empirisch doch allgemein klar, daß ihre Erörterungen sich innerhalb des Funktionsgebiets der Gesellschaftswissenschaft (als Einzelwissenschaft) bewegen: Soziologie ist in der Tat nichts als Allgemeine Gesellschaftslehre und als solche für den Juristen von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Vgl. im übrigen Achelis, Soziologie, Samml. Göschen Nr. 101.

Kennzeichen aller Grundbegriffe ist jedoch die begleitende Vorstellung einer ihnen innewohnenden hohen Denknotwendigkeit, welche eben auf der Tatsache beruht, daß alle Funktionalien einer Wissenschaft sich auf sie zurückführen und sie an allen diesen sich irgendwie demonstrieren lassen. In der Logik hat man die Begriffe aufgesucht, denen absolute Denknotwendigkeit zukomme, unter welche also alle Gegenstände der Erfahrung, sofern sie gedacht werden — in welcher Wissenschaft es auch sei — fallen müssen; die gefundenen hat man Kategorien genannt: Ding, Eigenschaft, Tätigkeit oder Zustand, und Beziehung[1]). Pleonastisch hat man sie auch als allgemeine oder logische Kategorien bezeichnet, und läßt dieser Sprachgebrauch es als nicht uneben erscheinen, auch innerhalb der einzelnen Wissenschaften die Grundbegriffe Kategorien zu nennen, also von den psychologischen, den physikalischen, den nationalökonomischen und also insbesondere von den juristischen Kategorien zu reden. Das ist technisch handlich, und auch gefahrlos, solange man nur sich gegenwärtig hält, daß die einzelwissenschaftlichen Kategorien nur eine relative Denknotwendigkeit in Anspruch nehmen können, nicht wie die logischen eine absolute, eine solche, die sich auf allen Entwickelungsstufen des Denkens gleichmäßig bewährt. Das ist besonders für die juristischen Kategorien von höchster Bedeutung, denn vergißt man ihrer Relativität, so vergißt man damit gleichzeitig ihrer Positivität, die doch das Herzblatt der Rechtsbegriffe, und springt so mitten hinein

---

[1]) Die hier angegebene Kategorieeneinteilung ist die durch Lotze, Sigwart und Wundt modernisierte und neu zu Ehren gebrachte aristotelische; sie erweist sich je länger je mehr den nacharistotelischen Kategorieentafeln, unter denen die der Scholastik und die 12 Kategorieen Kants besondere Beachtung erfordern, überlegen. (Aristoteles selbst kam übrigens durch mehrfache Gliederung der hier vermerkten 4 Kategorieen auf deren 10.) Vgl. Elsenhans, Psychologie und Logik S. 69 ff. Samml. Göschen Nr. 19.

ins Naturrecht. Die juristischen Grundbegriffe sind positiv und historisch so gut wie alle anderen Rechtsbegriffe; die Verführung, eine hohe Denknotwendigkeit als absolute anzusprechen, liegt dem metaphysischen Bedürfnis des Menschen immer nah, aber der Forscher muß verstehen sich ihrer zu erwehren. Leicht mag die hohe Denknotwendigkeit, die wir Begriffen wie objektives Recht, subjektives Recht, Rechtssubjekt, Rechtsobjekt, Rechtsverhältnis ꝛc. beimessen, uns zu dem Gedanken verleiten, diese Kategorien müßten vor uns bestanden haben und nach uns bestehen bleiben auf jeder Entwickelungsstufe des Denkens: wir wissen — die neuere Forschung hat es festgestellt — daß selbst zwei so scharf von einander sich abhebende Begriffe wie Recht im objektiven und im subjektiven Sinne durchaus nicht immer genau geschieden wurden, daß vielmehr erst auf einer ziemlich hohen Stufe juristischen Denkens diese Differenzierung sich herausarbeitet[1]). Und wir wissen, daß die ältere Doktrin noch weit gröberen Täuschungen zum Opfer gefallen ist, indem sie z. B. einen so positiven, ja historisch späten Rechtsbegriff wie das Privateigentum zum Range absoluter Denknotwendigkeit erhob, während er doch bloß in den Privatrechtssystemen gewisser kulturell zwar sehr bedeutsamer, aber doch eben auch geschichtlich gewordener und vergänglicher Wirtschaftsepochen eine allerdings grundlegende Rolle spielt. Die juristischen Kategorien sind geschichtlich erwachsene Rechtsbegriffe; sie haben ihre Stelle im System der allgemeingültigen Zwecke, sind Rechtsinstitute (vgl. Näheres II S. 52) wie Eigentum, Pfandrecht oder Strafe. Sie ruhen im Rechtsbewußtsein, nicht im Bewußtsein der reinen Erkenntnis, sie sind Bestand-

[1]) Wir haben Entsprechendes an „Gesetz" und „Rechtsgeschäft" aufgewiesen S. 27 u. 55.

teile nicht des logischen Formenschatzes, sondern der positiv herrschenden Rechtsidee. Und deswegen ist die Wissenschaft, die mit ihnen sich befaßt, die allgemeine Rechtslehre, wir betonen es nochmals, eine durch und durch juristische Wissenschaft und von der Rechtsphilosophie, deren Absicht, wie sie oben S. 163 ff. gekennzeichnet wurde, eine nichtjuristische ist, aufs strengste zu scheiden.

Diese Scheidung wurde zum Schaden der Wissenschaft bis vor kurzem verabsäumt. Das Naturrecht hatte die Probleme der allgemeinen Rechtslehre völlig philosophisch behandelt — oder so zu behandeln geglaubt — und sonderte sie daher aus der Philosophie gar nicht ab. Dieser Standpunkt blieb maßgebend bis auf Adolf Merkel, der die selbständige Bedeutung der allgemeinen Rechtslehre erkannte, und indem er sie aus der Philosophie heraushob, zugleich ihr den Namen gab. Er aber wollte nun die Rechtsphilosophie ganz gestrichen und durch die Allgemeine Rechtslehre verdrängt sehen. Bei dem verschiedenen Aufgabenkreise der beiden Disziplinen geht dies jedoch offenbar nicht an. Merkel war Positivist, d. h. er gehörte derjenigen philosophischen Richtung an, welche glaubt, daß im System der Einzelwissenschaften sich der Kreis des Wißbaren erschöpfe, welche die Metaphysik ganz verwirft, Ethik, Ästhetik und Logik aber an verschiedenen Stellen den Einzelwissenschaften einverleibt wissen will. Hieraus erklärt sich seine feindselige Haltung gegenüber der Rechtsphilosophie als besonderer Disziplin. Der Positivismus war gleich dem Materialismus eine Reaktion gegen die Auswüchse des spekulativen Idealismus. Seine Wurzeln liegen zum Teil im Kritizismus, mit dem er die Forderung gemein hat, man solle nichts zu erkunden suchen, was menschlichem Wissen unzugänglich, er setzt sich ihm aber entgegen in der Ablehnung der Er-

kenntnistheorie, da gerade die Fragen nach Wesen und Grenzen der Erkenntnis unlösbare seien. Wir sahen jedoch im ganzen Verlauf der bisherigen Darstellung, wie sehr z. B. gerade zur Verständlichmachung des Rechts und der Jurisprudenz erkenntnistheoretische Untersuchung erforderlich ist. Endlich teilt der Positivismus [1]) auch darin das Schicksal des Materialismus, daß er gerade in seiner Verwerfung der Philosophie und Metaphysik sehr philosophisch und metaphysisch ist. Spottet seiner selbst und weiß nicht wie. Bei Merkel selbst hat sich in seinen Untersuchungen zur Enzyklopädie und Methodologie wie auch in sonstigen Schriften der philosophische Geist durch die Schranken seiner künstlich gemachten Überzeugung derartig Bahn gebrochen, daß da der Positivismus mitunter wie eine falsche Etikette anmutet. Aber man nimmt es hin, daß auf der Flasche ein Krätzer benannt ist, wenn man weiß, es ist Edelwein darin; und das ist bei Merkel der Fall. Er ist dem allgemeinen Schicksal der modernen Positivisten nicht entgangen: wie Comte selber hat er sich gerade durch enzyklopädische und methodologische Studien um die Wissenschaft verdient gemacht, und namentlich die ersteren lassen sich ohne Metaphysik und Erkenntnistheorie nicht wohl anstellen. Wenn man aber philosophische und juristische Untersuchung vermengt, so erzeugt das nur allzu leicht den gefährlichen Synkretismus der Methoden. Einer der Hauptgründe, weshalb die Vermengung von allgemeiner Rechtslehre und Rechtsphilosophie solange aufrecht erhalten blieb, besteht sicher darin, daß eben die Philosophie ebenso wie die Allgemeinlehre einer Wissenschaft gerade die allgemeinen Dinge zum Gegenstande hat (vgl. S. 159f.), und es mag zuge-

---

[1]) Über Positivismus, Erkenntnistheorie ꝛc. vgl. Elsenhans a. a. O.

standen werden, daß die Allgemeinlehre in einer jeden Wissenschaft, also auch die allgemeine Rechtslehre zur Philosophie die meisten Beziehungen hat, daß sie gewissermaßen die Wurzel bildet, welche die betreffende Fachwissenschaft in den Boden der Philosophie entsendet; die prinzipielle Verschiedenheit der Ziele und Methoden wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt.

Neben der Zusammenwerfung mit der Philosophie hat die allgemeine Rechtslehre jedoch noch mit einem zweiten Übelstande zu ringen, der aus dem Übergewicht der Privatrechtswissenschaft in der Jurisprudenz sich herschreibt. Ursprünglich zogen alle juristischen Grundbegriffe ihre wissenschaftliche Gestaltung gänzlich aus dieser ältesten und vollkommensten Disziplin. So schon bei den Römern; aber noch jetzt lernt der Student die Umrisse der allgemeinen Rechtslehre gewöhnlich in Gestalt einer Einleitung in das Privatrecht kennen, als welche sie vorzüglich am Anfang der Pandektenlehrbücher ihren Platz haben. Diese mangelhafte Einrichtung der allgemeinen Rechtslehre hat infolge des stetigen Bemühens, rein privatrechtliche Begriffe wie „Sachenrecht", „Forderungsrecht" [1]) u. s. w. auf das ganze Rechtsgebiet auszudehnen, zu den schwersten Irrtümern in allen möglichen juristischen Disziplinen geführt. Neuerdings freilich ist man sich klar geworden, daß z. B. das Recht des Staats am Gebiet sich nicht mit Begriffen wie Besitz und Eigentum, die öffentlichen Pflichten des Bürgers gegen den Staat (z. B. zum Kriegsdienst oder zur Übernahme von Ehrenämtern) nicht mit denen des Schuldforderungsrechts erklären ließen. Selbst der bestechende Gedanke, der Begriff des Vertrages, wie ihn das Privatrecht kennt, müsse auf alle

[1]) Vergl. über sie Teil II S. 32, 54 f., 65 ff., 76 ff.

rechtlich bedeutsamen Willensübereinstimmungen sich anwenden lassen, hat sich als völlig trügerisch erwiesen [1]). Da haben nun manche gemeint, man solle lieber die allgemeine Rechtslehre als Einleitung dem öffentlichen Recht beigeben; aber das würde heißen vom Regen in die Traufe gehen; der einzige wirklich fruchtbare Weg ist die Verselbständigung der allgemeinen Rechtslehre [2]) — man fürchte nicht, daß Stoff und Arbeitsgelegenheit mangeln könnten.

§ 14. Geschichte der Jurisprudenz.

Insofern man als vollständig ausgebildete Jurisprudenz bereits die reine formal vollendete Dogmatik betrachten kann, ist diese bereits von den Römeru in einer die höchsten Ansprüche befriedigenden Gestalt geschaffen worden. Danach würde die Geschichte der Jurisprudenz in den letzten $1^1/_2$ Jahrtausenden nichts weiter zu erzählen haben als die Dienstbarmachung der Hilfswissenschaften, wenn nicht die Stürme der Völkerwanderung die Blüte römischer Rechtswissenschaft gebrochen hätten, so daß in der Dogmatik selber in mehrhundertjähriger Bemühung nochmals erarbeitet werden mußte, was den Römern bereits zu eigen gewesen war.

1. Doch wir haben von der Wiederherstellung der römischen Jurisprudenz schon im Zusammenhang mit der des römischen Rechts berichtet. Während das Mittelalter diese Taten vollbrachte, hatte es gleichzeitig die Jurisprudenz gleich allen anderen Wissenschaften völlig

---

1) Als man nämlich die Vereinbarung auffand. Über sie II S. 38.

2) Den Bearbeitern des bürgerlichen Rechts wird jedenfalls die Entlastung von der Darstellung der Grundbegriffe höchst willkommen sein. Vgl. Regelbergers Pandekten und Endemanns Bürg. R.

unter die Botmäßigkeit der Theologie gebracht. Zum Segen hat ihr das natürlich in der Hauptsache nicht gereicht. So nützlich die Theologie der Jurisprudenz als Hilfswissenschaft ist, indem namentlich die methodologische Vergleichung der beiden eng verschwisterten Wissenschaften sehr beachtenswerte Resultate zu zeitigen geeignet ist, so verderblich ist sie ihr als Herrin. So ähnlich einander die Wege beider Wissenschaften (Exegese, Interpretation, Positivität ꝛc.), so verschieden die Ziele. Gleichwohl ist der Jurisprudenz mindestens in stofflich-systematischer Hinsicht aus dem Vasallenverhältnis zur Theologie große Bereicherung erflossen. Das ganze Kirchenrecht steht unter diesem Zeichen. Und vor allem hat die Rechtstheologie auch der Rechtsphilosophie entscheidende Anregungen gegeben. Neben den offiziellen Lehrdisziplinen des ius civile und ius canonicum, der Legistik und der Kanonistik, gewinnt sie langsam, aber sicher an Boden. In der pars secunda der Summa theologica des Thomas von Aquino ist eine Naturrechtslehre auf breiten Grundlagen, mit starkem Geiste konzipiert, enthalten.

Die Zeit der Reaktion gegen die Herrschaft der Kirche, welche zugleich die Keime für die Entstehung des modernen Staates aufnimmt, bringt der Jurisprudenz eine neue Disziplin zu: aus ghibellinischen Streitschriften (z. B. Dante Alighieri, De monarchia um 1300, vor allem aber Marsilius v. Padua, Defensor pacis, Zeit Ludwigs des Bayern) erheben sich die Anfänge staatsrechtlicher Betrachtungen.

2. Die neuere Zeit brachte der Rechtswissenschaft drei hochwichtige Ergänzungen.

Zunächst nämlich begann man, die Philologie als Hilfswissenschaft der Jurisprudenz nutzbar zu machen,

indem man ihre Ergebnisse zur Kritik der römischen Quellen verwertete. Hierdurch vornehmlich hat der Franzose Cujas (Cuiacius) seinen Namen unsterblich gemacht[1]).

Bei manchen Juristen und ganzen Juristenschulen wird seitdem sogar von Zeit zu Zeit das juristische Interesse vom historisch-philologischen verdunkelt; ihre Arbeiten begreift man unter dem Namen der eleganten Jurisprudenz.

Ferner machte der deutsche Arzt und Rechtslehrer Hermann Conring die schicksalsvolle Entdeckung, daß die Auffassung des römischen Rechts als deutschen Kaiserrechtes ein Irrtum ist. Von nun an fand das deutsche Recht wieder wissenschaftliche Pflege, und ist insbesondere die Privatrechtswissenschaft seitdem in die romanistische und die germanistische Doktrin zerspalten. An den Universitäten wird neben dem römischen deutsches Privatrecht gelehrt[2]).

Die dritte und größte Errungenschaft der neueren Zeit aber ist die Nutzbarmachung der Philosophie als juristische Hilfswissenschaft durch die Naturrechtslehrer. Nicht bloß schufen sie eine groß angelegte wissenschaftliche Rechtsphilosophie auf dem Grunde der Ethik, sowie eine von den weittragendsten Wirkungen begleitete allgemeine Staatslehre, sondern sie erhoben auch das eigentliche Staatsrecht zur ordentlichen wissenschaftlichen Disziplin, blieben auf die Gestaltung der Landeskirchenrechte wie

---

[1]) Es gedieh aber gleichzeitig in Frankreich die rein dogmatische Jurisprudenz zu hoher Blüte; als Führer auf diesem Gebiet sind neben Cujas Donnel (Donnellus) und Brisson (Brissonius) zu nennen.

[2]) In jener Zeit wurde auch das gemeine Deutsche Strafrecht auf Grund lateinischer Uebersetzungen der Peinlichen Gerichtsordnung Gegenstand wissenschaftlicher Lehre in Deutschland. In Italien hatten es schon die Kommentatoren mit Erfolg gepflegt, und auch die spätere Zeit noch fand dort hervorragende Kriminalisten. Mit Recht hat Kohler einmal bemerkt, daß wir über die Strafrechtsdogmatik des Julius Clarus auch heute in vielen Stücken noch nicht hinaus sind.

der grundlegenden kirchenrechtlichen Theorien nicht ohne Einfluß, bauten das Völkerrecht gänzlich neu an und brachten endlich dem Privatrecht wie dem Rechte überhaupt den Zug der strengen, das Ganze architektonisch vollkommen gliedernden Systematik. Diese letzte Tat, zu der ihr philosophisch-rationalistischer Charakter sie antrieb, ist wohl als ihre weltgeschichtlich größte zu bezeichnen. Ihrer völkerpsychologisch eigenartigen Anlage gemäß hat die deutsche Wissenschaft hieran den hervorragendsten Anteil. Der hier geschaffenen Systematik gegenüber sind die römischen Bemühungen in dieser Richtung bloße Rudimente. Insofern hat also der Grundfehler der Naturrechtslehre doch ein Ergebnis von dauerndem Wert gezeitigt.

Dieselbe suchte bekanntlich den vernunftgemäßen Rechtsinhalt aus wenigen Prinzipien abzuleiten, die sich im ganzen und großen als (angeblich) psychologisch feststellbare Seelenkräfte darstellten, als: Egoismus (philautia), Altruismus (socialitas) u. dergl. Dabei aber bedachte sie nicht, daß diese Seelenkräfte einzig als Gründe dafür, daß Normen da sind, angeführt werden können, daß aber über den Inhalt der Normen aus ihnen gar nichts folgt. Oder noch genauer: daß socialitas aktuell vorhanden ist oder daß philautia sich im Zusammenleben von Menschen betätigt, besagt an sich, nach den von uns in der Einleitung gegebenen Kriterien des Begriffs „soziales Leben" nur, daß soziale Normen da sind. Aber welche Bestimmungen materiell in den Normen getroffen sein sollen, ist doch durch diese rein formale Angabe nicht im entferntesten berührt. Daß die Normen auf socialitas oder philautia oder beidem beruhen, ist eben ein analytisches Urteil, d. i. ein solches, das von einem Gegenstand Eigenschaften aussagt, die in seinem Begriff schon gegeben sind. Synthetische Urteile, d. h. solche, die über

einen Gegenstand neue, in seinem Begriff noch nicht notwendig enthaltene Eigenschaften Aussagen machen[1]), lassen sich aber wenigstens auf theoretischem Gebiete nur über die in der **Erfahrung** („a posteriori") gegebenen **Erscheinungen** abgeben, nicht aber über Dinge, die, wie die philautia und die socialitas (soweit diese die rein formale Idee des Ethischen bezeichnen) außer und vor aller Erfahrung („a priori") sich in uns vorfinden. So wollte man aus der Tatsache „ich bin" oder „ich zweifle" den ganzen Weltbau aprioristisch deduzieren, so wie man etwa das gesamte System der Mathematik aus einfachsten Obersätzen deduziert. So unternahm man es auch, aus der Tatsache, daß Gott ist, auf sein Wesen, aus dem Dasein der Seele auf ihre Betätigungen zu schließen[2]), und bezeichnete den Inbegriff solcher Deduktionen als **natürliche** (oder rationale) **Theologie** und **natürliche** (oder rationale) **Psychologie**[3]), welche man den induktiv vorgehenden Wissenschaften der empirischen (d. i. auf die Erfahrung basierten) Theologie und Psychologie zur Seite stellte. Und auf den analogen Fehler war auch die **natürliche Rechtslehre** basiert. Als nun Kant in der Kritik der reinen Vernunft 1781 nachwies, daß synthetische Urteile a priori auf theoretischem Gebiet, abgesehen von der Mathematik und der Metaphysik (nebst den metaphysischen Anfangsgründen einzelner Wissenschaften), nicht möglich sind, war die rationale Psychologie einfach zu einem Undinge gestempelt. Die Theologie und die Jurisprudenz konnten sich zwar als rationale Wissenschaften

---

[1]) Vgl. **Elsenhans**, Psychologie und Logik, Sammlung Göschen Nr. 14 S. 83 f.

[2]) Das war vor allem dadurch möglich, daß man (noch Herder!) einen anthropozentrisch-vernünftigen Weltplan zugrunde legte, nach dessen Zwecken man sich dann das Wirken Gottes oder der Seele ausdeutete.

[3]) Über sie **Elsenhans** S. 8.

behaupten, weil sie nicht, wie die Psychologie, theoretische, sondern, insbesondere letztere, ausgesprochen praktische Wissenschaften sind, aber doch nur in einem ganz anderen Sinne als zuvor. Beschränken wir uns auf die Jurisprudenz. Ihr mußte die ebenfalls durch Kant in ihrer ganzen Schärfe gewonnene Unterscheidung des Theoretischen und Praktischen besonders zu gute kommen. Was sittengesetzlich — im Hinblick auf die menschliche Freiheit — sein soll, das kann nicht naturgesetzlich — im Rahmen der naturkausalen Notwendigkeit — vorgezeichnet sein. Es gibt also kein natürliches, sondern nur jeweils von den Menschen gewolltes und daher anerkanntes, also nur historisches, positives Recht. Man kann — und muß in erster Linie — dem Recht gegenüber mit rein praktischen Fragestellungen sich begnügen, d. h. also, am geltenden Recht feststellen, was sein soll; will man irgend etwas über das Sein des Rechts mit der theoretischen Vernunft ergründen, so muß man sich an seine Erscheinung halten, wie sie in der Erfahrung gegeben ist, also an seiner Erscheinung in der Geschichte.

3. Das ist die philosophische Basis, auf der sich nunmehr die Anschauung der historischen Schule erhebt. Allerdings war wohl ein anderer Faktor bei ihrer Erzeugung wirksamer als die Kantische Philosophie, da, wie bereits bemerkt (S. 26) Kant selbst die Konsequenzen seiner Lehre für die Jurisprudenz nicht voll zu ziehen wußte, dieselben auch von den Juristen gemeinhin nicht ausreichend gewürdigt wurden, ja die letzteren ebenso wie alle übrige Welt sich denjenigen Nachfolgern Kants zuwandte, die die wichtigsten Ergebnisse seiner Wissenschaftslehre verblendet beiseite schoben, an Schelling und Hegel.

Was die älteren Vertreter der historischen Schule zu Schelling hinzog, dem übrigens Savigny persönlich na-

stand, war der Geist der Romantik. Unter seinem Einfluß verbesserte man einen weiteren grundlegenden Irrtum des Naturrechts (vgl. S. 40) dahin, daß das Recht nicht als künstliche Erfindung in die Erscheinung tritt, sondern daß es in unbewußtem Wirken des Volksgeists emporwächst wie die Sprache, die Dichtung, die Künste. Wir wollen freilich nicht verhehlen, daß man über das Wesen des Volksgeistes zu verfehlten, mystischen Vorstellungen neigte, und daß erst die moderne Psychologie eine bessere, wissenschaftlich vollkommen brauchbare an die Stelle zu setzen sucht. Dem romantischen Zuge ist wohl auch zum guten Teile die Liebe zuzuschreiben, mit der man sich seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts der Erhellung der Rechtsgeschichte zuwandte. Die reichen Schätze der Vergangenheit wurden emsig gesucht und gehoben; das neuartige, tiefere Verständnis des Rechts schmückte die juristische Beschäftigung mit bisher ungeahnten Reizen. Wer einmal den wunderbaren Reichtum der rechtshistorischen Vergangenheit mit seiner Fülle der Gesichte, der schwierigen, anziehenden, verwickelten Probleme, geschaut hat, dem versinken die paar kümmerlichen, immer wiedergekauten (und davon nicht schöner werdenden) allgemeinen Sätze, mit denen das Naturrecht die Naturnotwendigkeit seiner Prinzipien zu erhärten suchte, in die bodenlose Trivialität.

Dieser, wir möchten sagen: ästhetische Gewinn brachte aber mit sich eine noch schönere ethische Frucht[1]);

[1]) Daß die fortwährende Beschäftigung mit juristischer Dogmatik ihre Gefahren für den Charakter hat, ist oft genug bemerkt worden. Offenbar sind Rabulisterei, Sucht sich in Spitzfindigkeiten zu ergehen, sowie eine inhumane Gesinnung gegenüber den Rechtsuchenden und Verfahrensunterworfenen bei den Juristen der früheren Jahrhunderte häufiger gewesen als jetzt. Sicherlich beruht die Antipathie, die das Volk (insbesondere auch nach Ausweis der schönen Literatur) dem Juristenstand entgegenbringt, zum großen Teil auf der früheren großen Verbreitung der gekennzeichneten „juristischen Charakterfehler".

die rechtsgeschichtliche Strömung hat ohne Zweifel den Idealismus bei den deutschen Juristen im höchsten Maße gestärkt. Denn es wirkt, wie die Erfahrung mehrfach gezeigt hat, verschieden auf den Charakter, ob einer immer bloß in den Schleichwegen scholastisch formaler Definitionen sich umtreiben muß, oder ob er sich vertieft ins blühende Leben mit seinem unerschöpflichen Reichtum an zu erkennendem, zu verstehendem Stoff, auch wenn es — wie bei historischen Gegenständen nicht anders möglich — Leben ist, das er sich mit dem Zauberstabe verständnisvoller Forschung erst selber vom Tode wieder zu erwecken hat. So konnte der Jurist auch auf rein beruflichem Gebiet Anteil gewinnen an dem edlen Schwunge, der die Zeit der Freiheitskriege kennzeichnet.

Wie aber in dieser Zeit der Idealismus sich insonderheit nach der nationalen, patriotischen Seite hin betätigte, so weckte er auf historischem Gebiete allenthalben das Interesse an unserer eigenen Vergangenheit, und zeitigte damals, wie eine germanische Philologie, so auch eine Wissenschaft der Deutschen Rechtsgeschichte, die von K. F. Eichhorn begründet, heute mindestens ebenbürtig der römischen zur Seite steht.

Die rechtshistorische Forschung kann nun in zwiefacher Absicht unternommen werden. Einmal nämlich als Selbstzweck, wie überhaupt jede Untersuchung wissenschaftlicher Fragen in gewisser Richtung als Selbstzweck auftreten muß. Denn das ist die ideale Forderung, deren Nichterfüllung die gelehrte Tätigkeit ins Banausentum hinabzieht [1]). Von dieser Seite genommen stellt sich die Rechtshistorik als ein Teil der Geschichtswissenschaft dar, und kommt der theoretische Gewinn, den die Herstellung der

---

[1]) Vgl. Schillers Epigramm: Archimedes und der Schüler.

rechtshistorischen Disziplin gebracht, dieser zu gute. Es ist ein außerordentlich reicher Gewinn; heute ist wohl kein Einzelgebiet der ganzen Geschichte so gut angebaut wie die Rechtsgeschichte [1]). Die rechtsgeschichtlichen Probleme haben die besten Männer unter den Historikern sich zu Bearbeitern gewonnen, unter ihnen den Mann, den die Welt als den größten des Jahrhunderts auf dem Gebiet der Geisteswissenschaften anerkennt: Theodor Mommsen [2]).

Aber wir schrieben den höchsten Gewinn aus der Entstehung der Rechtsgeschichte den Juristen zu. Sie bringt diesen Gewinn, wenn sie betrieben wird in der Absicht, daß sie, mit der Dogmatik verbunden, das Verständnis des geltenden Rechtes vertiefen soll. Hatten nun Hugo die römische, Eichhorn die deutsche Rechtsgeschichte begründet, so war der Mann, der die historisch durchleuchtete Dogmatik schuf, Friedrich Karl von Savigny. Er war Romanist und brachte den Primat der romanistischen Wissenschaft vor seinem Erblassen noch einmal zu hellstem Aufleuchten. In seiner Jugendarbeit über das Recht des Besitzes und in seinem Hauptwerk, dem achtbändigen (unvollendeten) System des heutigen römischen Rechts stellte er die Wissenschaft des reinen römischen Rechts, aus dem Borne der reinen römischen Quellen schöpfend, wieder her. Damit ließ sich nun freilich ganz anders systematisch arbeiten als mit den teilweise recht ungehobelten Begriffen des usus modernus. Der Glanz

[1]) Von anderen Wissenschaften hat vornehmlich die Wirtschaftswissenschaft aus der Rechtsgeschichte hochbedeutsame Anregungen entnommen. Ohne letztere ist die heute blühende (und vom Juristen sorgfältig zu studierende) Wirtschaftsgeschichte undenkbar.

[2]) Er hat in siebenjähriger Arbeit — das ist eine erstaunliche Schnelligkeit — die Pandekten ediert. Seine römische Geschichte sollte niemand, der auf Bildung Anspruch macht, vor allem aber kein Jurist, ungelesen lassen.

altrömischer Jurisprudenz belebte sich neu in den Schriften Savignys und seines Schülers Georg Friedrich Puchta, aber erhöht durch die inzwischen von den Naturrechtslehrern erarbeitete, architektonisch den Bau des Ganzen gliedernde Systematik. Den jüngeren Juristen ist die Bedeutung Savignys jetzt etwas schwer zum Verständnis zu bringen, aber wer sein System des römischen Rechtes ansieht und die früheren Leistungen (bis auf einige der Franzosen) vergleichend in Betracht zieht, der merkt, daß all die hervorragenden Werke über Pandekten und deutsches bürgerliches Recht, aus denen wir heute die Elemente unserer Rechtsbildung schöpfen, ja auch diejenige gelehrte Arbeit, die unsere großen Kodifikationen vorbereitete, ohne dieses Buch nicht denkbar sind. Es ist ein Imponderabile: sich römisch räuspern und spucken konnten die Interpreten des deutschen usus modernus und noch mehr die Franzosen sehr gut, aber die hellblickende Weltgewandtheit, die künstlerische Gestaltungskraft der römischen Juristen hat erst Savigny wieder belebt.

Doch was Gold unter den Händen des schöpferischen Könnens, ward Kehricht in denen der nachahmenden Epigonen. Was die historische Romanistenschule behandelte war ja kein geltendes Recht. Keine Praxis gab es mehr die dem von ihr ergründeten reinen römischen Recht zur Seite stand, denn in den noch gemeinrechtlichen Ländern (u. a. Bayern und Hannover) galt der usus modernus. Die romanistische Rechtswissenschaft ward dem Leben völlig fremd, sie verknöcherte in dem Bestreben, Satzungen, die am Leben nicht mehr geprüft werden konnten, zu interpretieren, zur öden, scholastischen Begriffsjurisprudenz — zu einem Dinge also, das einem Savigny und Puchta ferne lag und noch mehr den bewunderten Vorbildern der Antike, einem Papinian, Paulus und

Celsus. Der Formalismus feierte seine Orgien. Bei der Hegemonie der romanistischen Disziplin lag darin eine Lebensgefahr für die ganze Zivilrechtswissenschaft. An Savignys und Puchtas Arbeiten hatte, obwohl sie kein geltendes Recht boten, jeder Praktiker dennoch eine so treffliche Anleitung zur Behandlung des geltenden Rechts, wie wir heute in der Zeit des B. G. B. an den Pandektenwerken von Windscheid und Dernburg, den preußisch-rechtlichen Lehrbüchern Dernburgs und Förster-Eccius haben. Und ähnliche Dienste, wenn auch in mehr propädeutischer Form, leisten sogar noch die römischen Juristen selber, aber — eben deshalb, weil sie in dem entgegengesetzten Sinne arbeiteten, wie ihre späten Bewunderer, die ohne Ahnung solcher Ironie sich in spitzfindigen Exegesen überboten. Der Praxis, die ihrem Einfluß sich konsequent verschloß, setzen diese ein überlegenes „Tant pis pour vous" entgegen.

4. Die Befreiung aus diesem Zustande brachte Rudolf von Jhering. Hierzu ist einschränkend zu bemerken, daß einmal die tüchtigen Geister unter Jherings Zeitgenossen, wie Bekker, Windscheid und Dernburg, selbständig die richtigen Bahnen suchten und fanden, sowie, daß diese Befreiung schließlich eine interne Angelegenheit der zivilistischen, ja selbst der romanistischen Disziplin war; aber die Art, wie Jhering dies Befreiungswerk vollbracht hat, ist epochemachend für die ganze Jurisprudenz. Er ist der Anreger und Führer zu den modernen Bestrebungen auf dem Gebiet der juristischen Methode, ist, als welchen Jellinek ihn zu seinem 70. Geburtstag am 22. August 1888 begrüßte, der Meister vertiefter Erforschung der Rechtsidee.

Die Ausbreitung der Begriffsjurisprudenz unter der Herrschaft der romanistisch-historischen Schule und ihre

Überwältigung durch die von Jhering auf den Schild erhobene Wirklichkeitsjurisprudenz reiht sich genau ein in den großen allgemeinen wissenschaftsgeschichtlichen Umschwung, der in der Mitte des 19. Jahrhunderts sich vollzog. In der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts hatte der von der klassischen deutschen Philosophie großgezogene spekulative Idealismus (Fichte, Schelling, Hegel) sich zum Herrn auf allen Gebieten der wissenschaftlichen Methode gemacht, d. h. man glaubte durch dialektische Herleitung aus obersten Begriffen z. B. dem des „Ich“ oder des „Absoluten“ bezw. aus obersten Sätzen wie „a=a“ alle möglichen Wissensinhalte konstruieren zu können und verachtete, und zwar auf dem Gebiet der Naturwissenschaften gar nicht weniger als auf dem der Geisteswissenschaften, alle empirische Beobachtung der gegebenen Wirklichkeit. Es gab, als ob Kant nicht gewesen wäre, wieder einen Glauben an die Untrüglichkeit der denkenden Vernunft, oder gar, als müsse die Wirklichkeit sich den Begriffen fügen. Und was seinen Sinn nicht in den von der Wissenschaft erzeugten Begriffen entwickeln lasse, das habe eben keinen Sinn.

Nun ließe sich ja der letzte Satz noch hinnehmen, hätte nur die damalige Anschauung nicht als wissenschaftliche Begriffe im Grunde bloß die von der spekulativen Philosophie erzeugten angesehen, die empirisch gewonnenen der Einzelwissenschaften aber geringschätzig abgewiesen! Freilich fügte es nun die nach Hegels Tode einsetzende Reaktion, daß bis in die letzten Jahrzehnte über eifrigem Betriebe der aufstrebenden Einzelwissenschaften die Philosophie völlig vernachlässigt wurde. Ins entgegengesetzte Extrem verfallend, glaubte man vielfach, die Philosophie nun ganz zum alten Eisen werfen zu können — so kam es z. B. auch, daß Jhering einer sorgfältigen philosophischen

Ausbildung in seiner Jugend ganz verlustig ging, was er später höchlich zu bedauern hatte. Von dem Zuge zur größten Wertschätzung der gegebenen Wirklichkeit, der seit der Mitte des 19. Jahrhunderts so frisch und kräftig einsetzte, wurde eben nicht allein die Naturwissenschaft ergriffen, sondern, ihrer Führung folgend, neben anderen Geisteswissenschaften auch die Rechtswissenschaft. Indem aber auf diesem Gebiete Jhering das erlösende Wort sprach, tritt er — mindestens ebenbürtig — Kirchhoff zur Seite: wie jener mit seinem vielberufenen „Programm der reinen Beobachtung" den Gegensatz der Naturwissenschaft zur bloßen Spekulation endgültig prägte, daß nämlich diese erstere nichts anderes wolle, als von der empirischen Wirklichkeit beschreibend Rechenschaft geben, so hat Jhering die Aufgabe der Jurisprudenz endgültig festgestellt, von der Rechtsidee, wie das praktische Leben sie zeitigt, Rechenschaft abzulegen, und hat so Jurisprudenz und bloße Spekulation reinlich geschieden.

Mit dem Grundsatz, daß die Begriffe der Menschen halber da sind, und nicht die Menschen, deren Wohl und Wehe doch von der Rechtsprechung so sehr bedingt ist, der Begriffe halber, stellte er die Jurisprudenz auf den Boden eines gesunden sachlichen Realismus, dessen jede Einzelwissenschaft und insbesondere eine praktische notwendig bedarf. Die Rechtswissenschaft darf die Berührung mit der Gegenwart nie verlieren, ihre Aufgabe ist, zu ermitteln, was Rechtens ist. Was das lebendige Rechtsbewußtsein an rechtlichem Stoffe erzeugt, das soll sie der systematischen wissenschaftlichen Ordnung zuführen, in welcher allein bei dem heutigen Stande menschlicher Geistesentwickelung das Recht seinen öffentlichen Beruf zu erfüllen vermag. (Vgl. S. 139 Anm. u. 145.) Trennung von Begriffssystem und lebendig geltendem Normengut ist mithin

das Widersinnigste, was ein Jurist betreiben kann; für das geltende die richtige Formulierung zu finden, ist das allein begründete Ziel juristischen Strebens; das Konstruieren um seiner selbst willen, das haarspaltende Arbeiten mit Begriffen, denen jeder Hintergrund am wirklichen Leben fehlt, ist leere Spielerei. Wenn das in der Praxis zum Durchbruch gelangende Rechtsbewußtsein dem Begriffsschema nicht entspricht, dann heißt es das Begriffsschema ändern, dann ist es falsch oder veraltet, nicht aber soll man den lebendigen Rechtsgedanken dem Schema zuliebe in Fesseln zwingen wollen. Dergleichen führt zuletzt einfach zurück ins Naturrecht, und dann ist ein historisierendes Naturrecht, welchem in der Tat die bösesten Auswüchse der romanistischen Doktrin bedenklich zuneigten, noch schlimmer als ein absolutes, welches wenigstens in seinem Dogmatismus sich selbst getreu bleibt.

Savignys Lebenswerk will Jhering nicht umstoßen. Er würdigt es, wie alle Welt es würdigt. Aber er greift es an, weil es Faktoren begünstigt hat, die nachher Begriffsjurisprudenz zum Keimen brachten. Es kann nicht die Aufgabe der zivilistischen Jurisprudenz sein, in erster Linie das klassische römische Recht zu kultivieren, denn es ist unmöglich, dessen Sätze und Begriffe, so wie sie sind, in unsere, ihrem geistigen Habitus nach von der antiken so verschiedene Zeit hinüberzunehmen. Darum muß dem Historismus nicht bloß insofern entgegengetreten werden, als er in seiner einseitigen Bevorzugung des klassischen Rechts dieses der Gegenwart aufdrängen will, sondern auch, insofern er sich solches zwar nicht anmaßt, aber doch eleganter Jurisprudenz sich nähernd, die rein historische Betrachtung als die eigentlich allein des Rechtsgelehrten würdige Arbeit gelten lassen will. Die praktische Natur des Rechts, der Gegenwartswert der

Kunde von den sozialen Normen darf nie vergessen werden. Ihering geht in seiner Polemik gegen die historische Schule sogar soweit, daß er sich in sehr bedenklichem Maße bezüglich der Lehre von der Entwickelung des Rechts der naturrechtlichen Erfindertheorie in die Arme wirft (vgl. S. 40), wie er denn überhaupt die naturrechtlichen Klippen nicht immer glücklich vermieden hat.

Aber das alles war nicht etwa, weil Iherings Sinnesart unhistorisch gewesen wäre. Im Gegenteil, wollte man ihn als wissenschaftliche Persönlichkeit in kurzem Worte würdigen, so müßte man sagen: er war ein historisches Genie. Seinem historischen Instinkte war gerade das unbegreiflich, wie man im Besitze der Einsicht in die geschichtliche Natur alles Rechtes nochmal in die Begriffsjurisprudenz verfallen konnte! Mit dieser Einsicht war für ihn der Grundriß einer soliden Wirklichkeitsjurisprudenz unmittelbar gegeben, und er entwarf ihn in gewaltigen Zügen. Seine beiden großen Hauptwerke (vgl. unten S. 193) gehören, im Inhalt jedem Gebildeten verständlich, in der Form von starker, glänzender Beredsamkeit, der Deutschen Nationalliteratur an.

Die Begriffsjurisprudenz, die da ausgerottet werden soll, ist dem Formalismus verfallen. Sie sieht bloß die logische Schale des Rechts und hat den philosophischen Kern vergessen. Sie kultiviert den Buchstaben, wo der Geist walten sollte. Die Rechtsgeschichte wird entwürdigt, wenn sie nicht nach dem Geiste sucht, wie er in den verschiedenen Stadien der Entwickelung im Rechte eines Volkes sich gestaltete. Wie aus dem Volksgeist sich das Recht entwirkt, muß psychologisch erkannt werden. Aller Nationen Recht ist zu schauen im Spiegel der nationalen Seele. Und da Ihering Romanist war — er selbst nennt diesen Grund — und weil er das römische Recht

als eine noch im Ersterben die Welt beherrschende geistige Macht erkannte, die zu erkennen von bleibendem Werte ist, so untersuchte er im ersten Hauptwerk den „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung“.

Aber das Recht ist Gewolltes. Durch die Eigenart des Gewollten wird sich im Recht ein Volksgeist individualisieren, durch die Eigenart der Zwecke. Die gilt es zu suchen. Darum muß die Rechtsgeschichte und die Jurisprudenz, welche psychologisch ist, auch teleologisch sein. Der bestimmte Zweck hat die Norm, so wie sie ist gestaltet: „der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechtes“. Dieser Gedankengang nahm Jhering mehr und mehr gefangen und er brach die Arbeit am Geist des römischen Rechtes ab, um den „Zweck im Recht zu“ schreiben. Doch blieb auch dieser Torso. Unterdes hatte Jhering, der persönlich vom Geist zum Zweck gekommen war, längst gefunden, daß man ebenso vom Zweck zum Geiste gelangen muß, daß beide einander wechselseitig bedingen. Noch mehr als die Forschung nach dem Geist der Normen ist das Insaugefassen des Zwecks erlesenes Rüstzeug im Kampfe gegen die Begriffsjurisprudenz. Die Normen in ursprünglicher befehlender Form lassen das Wollen, das Bezwecken, die Frage nach dem Wozu?, in der alle praktische Erkenntnis ruht, noch deutlich genug hervortreten; im logischen, positiv sanktionierten Begriffssystem wird sie allzu leicht unterdrückt. Drum heißt es, die Zwecke aus den Begriffen hervorzusuchen. Die Zwecke der einzelnen Menschen (die Rechtsansprüche) wie der Gesamtheit (die Gesetze) sind aber gegeben in ihrem Wollen; wer die verschiedenen Zwecke untersucht, untersucht auch den Geist — und, wie wir vorher sahen, ergibt sich die Frage nach den Normzwecken bei der nach

dem Normgeist: die Wirklichkeitsjurisprudenz muß teleologisch sein, weil sie psychologisch ist und sie muß psychologisch sein, weil sie teleologisch ist. Und weil sie teleologisch und psychologisch ist, so muß sie *vergleichend* sein. Denn wie eine Einzelpsyche nur erkannt werden kann im Vergleich mit anderen, so ist ein Volksgeist nur in seinem Gegensatz zu anderen Nationalitäten zu verstehen. Und die vergleichende Funktion teilt sich mit der teleologischen und der psychologischen in die Bekämpfung der Begriffsjurisprudenz, weil sie unnachsichtlich einen jeden, der einmal allzu sehr dem Zauber des vollendet ausgeprägten Begriffssystems in irgend einem nationalen Recht sich hingibt, aus dem Wahn von der Allgemeingültigkeit solches Systemes aufstört. Die moderne Jurisprudenz, deren führender Inaugurator Ihering ist, und der die Zukunft gehört, ist teleologisch, psychologisch und vergleichend, sie ist, weil (aus hier nicht näher zu erörternden Gründen) die vergleichende Funktion, die beiden anderen umfassend, dem Ganzen die Signatur gibt, *vergleichende Jurisprudenz*.

5. Vergleichende Jurisprudenz — davon sind zwei Formen entwickelt. Die eine ist diejenige, die man gemeinhin technisch die *vergleichende Rechtswissenschaft* nennt (droit comparé). Sie vergleicht die nationalen Rechte mit dem hauptsächlichen Ziel, im bunten Gemisch das einende Band, also leitende, allgemeine Obersätze zu gewinnen. Das gilt besonders von der *mehr dogmatischen Richtung der vergl. Rechtswiss.*, die prinzipiell moderne Rechte vergleicht und in *Liszt* (wegen seines großen Unternehmens einer vergleichenden Darstellung des in der Welt geltenden Strafrechts) und in *Jellinek* (wegen seiner Schriften zum allgemeinen Staatsrecht) ihre Führer hat. Dagegen sucht eine *mehr historisierende Richtung*

in der vergl. Rechtswiss., in der (für Deutschland) bei weitem der erste Kohler ist, — vor allem das geschichtliche Material zusammenzubringen. Ihre besonders völkerpsychologische Neigung drängt sie vor allem zum Studium primitiver Rechte, so daß sie vielfach in Soziologie, Ethnologie und Prähistorie ausmündet, welche 3 Wissenschaften sämtlich ihr außerordentlich viel zu danken haben[1]).

Die andere Möglichkeit vergleichender Jurisprudenz liegt in der vergleichenden Methode. Sie benutzt die Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft zum Zwecke vertieften Eindringens in die nationale Rechtsidee. Bei den Arbeiten der dogmatischen Richtung in der vergleichenden Rechtswissenschaft läuft diese Absicht gewöhnlich auch mit unter. Denn es ist keineswegs die Meinung, daß infolge der Erhebung der vergleichenden Rechtswissenschaft die nationale Rechtswissenschaft fallen sollte. Nach wie vor ist ein Recht wie z. B. das Deutsche wissenschaftlicher Bemühung bedürftig und in hohem Grade würdig. Die praktische positive Natur der Rechtswissenschaft, ihre Verknüpfung mit den zeitlichen Gebilden der Staaten führt dahin, daß nur mit dem Untergehen des letzten Nationalstaates auch die nationale Rechtswissenschaft zur Ruhe gehen könnte. Es ist dasselbe Verhältnis, wie es die Theologie mit der Existenz der Kirche verknüpft. Gestärkt und erhoben gerade soll die nationale Rechtswissenschaft durch die vergleichende werden; und sie wird es werden. Jegliche Vergleichung hat ihren Nutzen nicht nur darin, daß sie allgemeine Gesichtspunkte schafft, sondern auch darin, daß die Erkenntnis des einzelnen intensiv vertieft wird. Was hat nicht die Anatomie des

---

[1]) Der Schöpfer dieses Zweiges der vergleichenden Rechtswissenschaft ist J. J. Bachofen 1815—1887, der noch immer bei weitem nicht nach Verdienst geschätzte Entdecker des Mutterrechts (1861).

Menschen durch die vergleichende, was die Wissenschaft einer bestimmten Sprache wie etwa der Deutschen durch die vergleichende Sprachwissenschaft gewonnen? Und selbst die christliche Theologie durch die vergleichende Religionswissenschaft! So ist zu erwarten, daß auch das Verständnis der nationalen Rechtsidee durch die Rechtsvergleichung einem erfreulichen Aufschwung wird zugeführt werden. Wenn z. B. jemand weiß, daß die Franzosen irgend ein soziales Problem durch einen anderen Rechtssatz gelöst haben als wir, so wird er innerlich gezwungen, nach den Gründen zu fragen; Geist und Zweck des eigenen Rechts treten ihm da deutlich vor die Augen. Das ist gleich wichtig für den in der Praxis tätigen Interpreten wie für den studierenden Anfänger.

In beiden aber wird dadurch nicht bloß das Können vermehrt, sondern unzweifelhaft auch die Freude am Berufe gehoben. Der Nachteil, der die Jurisprudenz hinter die meisten anderen Wissenschaften zurückstellt, und der so leicht gerade die besten und der Wissenschaft aufrichtig zugetanen Köpfe von ihr abschreckt, daß sie nämlich nur von solchen Regeln Kunde gibt, die über die Landesgrenze keine Geltung haben, wird ganz außerordentlich abgeschwächt. Das im Naturrecht besonders gehegte, in keiner Zeit ganz verschwindende Bedürfnis, beim Rechte auch theoretische Gesetzmäßigkeiten zu finden, erlangt Befriedigung durch die typischen Entwickelungsreihen, welche die historisierende Rechtsvergleichung der bloß nationalen Rechtsgeschichte an die Seite stellt, beherrscht von dem Gedanken, daß allenthalben in der Welt die sozialen Probleme sich typisch wiederholen. Eine „Naturlehre vom Recht“ — als solche benennt sie Ihering — in der Form, wie sie einzig möglich ist, in der historischen.

Hierin aber liegt der maßgebende Grundsatz für die Einreihung der vergleichenden Jurisprudenz in die bisherige Entwickelung unserer Wissenschaft. Trotz der neuartigen Forderungen, daß sie teleologisch sei und psychologisch und die Grenzen der Staaten überschreitend, ist sie kein grundstürzend Neues und will es nicht sein; sie ist — und zwar gerade wegen dieser und durch diese Forderungen nichts als die konsequente Ausgestaltung der historischen Methode.

§ 15. Juristische Enzyklopädie.[1]

1. Die juristische Enzyklopädie ist die Lehre von der Klassifikation der Rechtswissenschaft. Sie behandelt: a) die Klassifikation der einzelnen rechtswissenschaftlichen Disziplinen; b) die Stellung der Jurisprudenz als Einheit im System der gesamten derzeitigen Wissenschaft, „ihren Platz auf dem globus intellectualis", endlich c) das Verhältnis ihrer Einzeldisziplinen zu den nichtjuristischen Einzelwissenschaften. Man kann diese 3 Teile als innere, äußere und diallagmatische Enzyklopädie bezeichnen.

2. Der gesamte Rechtsstoff zerfällt in *öffentliches Recht* und *Privatrecht*. Öffentliches Recht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, an dessen Durchführung *unmittelbar* die Gesamtheit, der einzelne aber mittelbar interessiert erscheint. Es ist die Basis des gesamten Rechtszustandes; denn wie wollte der Staat die Interessen der einzelnen schützen, wenn er selbst der soliden Einrichtung entbehrte?

Der Gang der Staatsmaschine an sich nun regelt sich nach dem Staatsrecht (im weitesten Sinne), das *Völkerrecht* regelt die Beziehungen des Staates zu anderen Staaten und gibt dadurch seiner Stellung nach

außen hin diejenige Sicherheit, ohne die auf die Dauer auch im Innern kein Staat gedeihliche Rechtszustände entwickeln kann. Der soeben aufgetauchte Staatsrechtsbegriff zerfällt in Staatsrecht i. e. S. oder Verfassungsrecht, d. s. die Normen über die Organisation des Staates und Verwaltungsrecht, d. s. die Normen über die Staatstätigkeiten. Nun gehört zur Staatsorganisation zweifellos die Verfassung der Gerichte, und eine der bedeutsamsten Staatstätigkeiten ist die Rechtspflege. Aber die Wichtigkeit beider ist so groß, und die legislatorische wie die wissenschaftliche Ausgestaltung beider so viel reicher — und auch älter — als die des übrigen Stoffs im Staats- und Verwaltungsrecht, daß man sie von diesen von vornherein ausschied. Im akademischen Unterricht wie in der Teilung der Forscherarbeit fällt der Zivilprozeß, welcher die Kenntnis des Privatrechts notwendig voraussetzt, in die Domänen des „Zivilisten“, der Strafprozeß ordnet sich ebenso natürlich in die des Strafrechtslehrers („Kriminalisten“) ein. Die Lehre von der Gerichtsverfassung verteilt sich auf beide. So bleibt für das öffentliche Recht i. e. S. (das Lehrfach des „Publizisten“) — außer dem Völkerrecht — übrig das Staatsrecht im engsten und eigentlichen Sinne, d. s. die Normen über die Organisation des Staates mit Ausschluß der Gerichte, und das Verwaltungsrecht, d. s. die Normen über die Staatstätigkeit mit Ausschluß beider Prozesse. Doch fällt in diesen Rahmen auch noch das Kirchenrecht (was äußerlich dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Publizisten heute meist gleichzeitig „Kanonisten“ sind), d. h. die Normen über die eigene Verfassung und Verwaltung der Kirchen, ihr Verhältnis zum Staate (Staats-Kirchenrecht) und zueinander.

Außer diesen „eigentlich publizistischen“ enthält das öffentliche Recht noch 3 Disziplinen:

a) Die beiden Prozesse (einschl. Gerichtsverfassung): im Zivilprozeß finden die Privatrechtsverhältnisse ihren staatlichen Schutz. Der Richterspruch, welcher auf Anrufen in Streitigkeiten im Namen der höchsten Gewalt ergeht, entscheidet über das Bestehen oder Nichtbestehen erhobener Privatrechtsansprüche und leiht dem Sieger den starken Arm der staatlichen Macht zur Vollstreckung. — Hierher gehört im wesentlichen auch der Konkurs[1]), ein Rechtsverfahren um beim Zusammenbruch des Vermögens einer Person es zu bewirken, daß der Verlust möglichst gleichheitlich von allen Gläubigern getragen wird und sich so gering als möglich gestaltet. (Kohler.)

Strafprozeß ist das Rechtsverfahren zur Ermittelung und Untersuchung strafbarer Handlungen sowie evtl. zur Überführung und Abstrafung des Täters.

b) Zum öffentlichen Recht gehört natürlich auch das (materielle) Strafrecht, da die angemessene Bestrafung des Verbrechers gemeines Interesse ist. Es enthält diejenigen Vorschriften, durch welche an das Verbrechen als Tatbestand die Strafe als Rechtsfolge geknüpft wird (v. Liszt). Es verleiht gewissen besonders erheblichen Rechtsgütern einen verstärkten Schutz durch fühlbare Eingriffe in die Lebensinteressen des Verbrechers: es ist Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung. Es garantiert denjenigen Normen, auf deren Übertretung Strafe gesetzt ist, eine besonders machtvolle Durchsetzung und bildet überhaupt gewissermaßen die äußerste Umwallungslinie um die Festung des Rechts. —

---

[1]) In Konkursordnungen selbständig kodifiziert.

Das **Privatrecht** ist derjenige Teil der Rechtsordnung, dessen Durchführung normaler Weise **direkt** nur die Interessen einzelner, nicht der Gesammtheit berührt. Nicht ausschließlich, aber weitaus überwiegend handelt es sich dabei um Mein und Dein oder um Forderung und Schuld; also um Vermögensangelegenheiten[1]). Der Sachgüterverkehr hauptsächlich ist es, welcher hier vom Rechte geregelt wird.

Das Privatrecht zerfällt in das **bürgerliche Recht**, welches die Angelegenheiten des privaten Verkehrs allgemein regelt (5 Hauptteile: Allgemeine Grundsätze, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht) und das **Handelsrecht**, ein Sonderrecht, durch welches die Rechtsverhältnisse des kaufmännischen Verkehrs geregelt werden[2]). Die moderne Gesetzgebung hat es in Handelsgesetzbüchern selbständig kodifiziert und entsprechend wertet es die Wissenschaft als selbständige Studiendisziplin.

3. Der gesamte Stoff menschlichen Fachwissens zerfällt in die 2 großen Gebiete der Natur- und der Geistes- oder Kulturwissenschaften. Unter ihnen stehen als eine große Gruppe zusammen die **Gesellschafts- oder Sozialwissenschaften** welche das Zusammenleben der Menschen und seine Organisation zum Gegenstand haben. Diese unterliegen nun wieder in erster Linie der Dreiteilung in: a) die Wissenschaft von der Materie des sozialen Lebens, die **Wirtschaftswissenschaft** oder

---

[1]) Vermögensrecht bildet daher die Hauptmasse des Privatrechts. Von Privatrechten, die nicht Vermögensrechte sind, seien genannt die persönlichen Familienrechte (z. B. das Recht der Ehegatten auf ehelichen Umgang, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, soweit nicht bloß in pekuniären Angelegenheiten 2c.). Die Vermögensrechte definiert Dernburg als die geldwerten Rechte, Windscheid als diejenigen, die einem (ausschließlich) um seiner selbst willen zustehen.

[2]) Über **Privatfürstenrecht**, vgl. Teil II S. 19.

politische Ökonomie, nach ihrem wichtigsten Teile gewöhnlich Volkswirtschaftslehre (Nationalökonomie, politische Ökonomie genannt, b) die wissenschaftliche Technik des sozialen Lebens, die Politik und endlich c) die Wissenschaft von der Form des sozialen Lebens, die Jurisprudenz. Man gelangt aber zu dieser auch noch auf dem Wege einer anderen Einteilung: Aus den Gesellschaftswissenschaften wird als die Lehre vom bedeutsamsten sozialen Gebilde, die für alle anderen sozialen Lehrgebiete tonangebend dasteht, die Staatslehre[1]) ausgesondert. Wo vom Staate gehandelt wird, ist das Recht nicht zu umgehen. Aber freilich wird sich die Staatslehre gemäß den Grundsätzen vernünftiger Arbeitsteilung auf die Staatsrechtslehre beschränken, die übrigen Rechtsdisziplinen beiseite lassen. Es ist jedoch interessant zu sehen, wie man wenigstens zum Staatsrecht (i. w. S.) auf Grund zweier gleichberechtigter, einander durchkreuzender Einteilungen gelangt.

4. Die diallagmatische Enzyklopädie wird notwendig gemacht durch die Tatsache, daß die Beziehungen der juristischen Disziplinen sowohl untereinander als zu den Hilfswissenschaften sehr verschieden sind, daß die eine Disziplin mit einer außerjuristischen Wissenschaft in engster Wechselwirkung steht, die für die anderen wenig oder fast nichts hergibt, ferner durch die damit zusammenhängende Tatsache, daß man, wie oben am Staatsrecht (und am Recht überhaupt) gezeigt wurde, zu den einzelnen Rechtsteilen nicht auf dem Wege eines ausschließlich gültigen, sondern sehr

---

[1]) Staatslehre ist nicht identisch mit Staatswissenschaft. Letzteres Wort, meist im Plural gebraucht, unterliegt einem sehr schwankenden Sprachgebrauch. Oft wird es mit „Gesellschaftswissenschaften" überhaupt, noch öfter mit „Wirtschaftswissenschaft" synonym gebraucht. In dieser Verwendung zeigt es der Ausdruck: Rechts- und Staatswissenschaften (früher: **iura et cameralia**).

vieler Einteilungsprinzipien kommen kann. In unserer (äußeren und) inneren Enzyklopädie können wir daher unter vielen möglichen dasjenige zum herrschenden machen, welches uns spezifisch jurististisch richtig erscheint. Aber damit sind durchaus nicht die wissenschaftlich wertvollen Zusammenhänge der Normen auch nur annähernd erschöpft. Wir geraten vielmehr auf anderweitige Normenkomplexe, welche, wiewohl aus öffentlichem und Privatrecht (der Unterabteilungen zu schweigen) bunt gemischt, dennoch wissenschaftliche Einheiten zu repräsentieren imstande sind, z. B. Agrarrecht, Bergrecht, Forstrecht, Wasserrecht, Deichrecht, Gewerberecht, Verkehrsrecht, Industrierecht, Militärrecht u. v. a. m. Es gibt z. B. auch einen derartigen Handelsrechtsbegriff, der außer dem Handelsprivatrecht noch Handelsverwaltungs- und Völkerrecht mit umspannt. Ähnliche Wahrnehmungen bietet der Begriff des Kirchenrechts.

Im übrigen haben wir von den verschiedenen Beziehungen der juristischen Wissenschaften zu den anderen in der bisherigen Darstellung genügend Material beigebracht, so daß hier die diallagmatische Enzyklopädie nicht weiter ausgesponnen zu werden braucht. Sie führt überdies bei jedweder tieferen Begründung der Beziehungen von selbst hinüber zur Methodologie.

Anhang.

§ 16. Der juristische Beruf und seine Ethik.

Neque enim id agimus, ut cito iuvenes ad munera publica veniant, sed ut digni. **Leibniz**, Nova method. disc. doc. qu. jurisprud. in praef.

1. Aufgabe des modernen Berufsjuristentums ist vorwiegend die Wahrnehmung von Staatsgeschäften höherer Art.

a) Nicht alle Staatsgeschäfte werden von Juristen wahrgenommen, sondern nur diejenigen, die das volle Maß allgemeiner (humaner) und außerdem höchste, auf akademischer Vorbereitung beruhende Fachbildung erfordern. Von den übrigen wird derjenige Teil, der erlernte Fähigkeiten verlangt, von Subalternbeamten wahrgenommen. (Mehrjähriger praktischer Vorbereitungsdienst, Staatsexamina. — Mittelschulbildung, außer den auf Grund des Zivilversorgungsscheins zugelassenen ehemaligen Unteroffizieren, den sogen. Militäranwärtern.) Insbesondere sind die Gerichtsschreiber Subalternbeamte. Mit denjenigen Leistungen, die über Boten- und Kopierdienst nicht erheblich hinausgehen, sind Unterbeamte betraut.

b) Nicht alle Juristen nehmen Staatsgeschäfte wahr, sondern nur die beamteten Juristen. Das sind die Richter, die Notare und die höheren Verwaltungsbeamten, einschließlich derjenigen für die Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten. (Beamte des diplomatischen und Konsulardienstes.) Ein anderer Teil des Juristenstandes widmet sich teils dem (öffentlichen oder privaten) Lehrberuf, teils der Advokatur. Die Ausübung der Advokatur ist in Deutschland prinzipiell den Rechtsanwälten vorbehalten. (Über Modifikationen vgl. Teil II S. 115 u. 133.) Advokatorische Geschäfte sind: Parteivertretung in Zivil- und Verwaltungsprozessen, gewerbsmäßige Rechtsberatung aller Art, sowie die Verteidigung in Strafprozessen. Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte sind vornehmlich in der Rechtsanwaltsordnung und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte reichsgesetzlich geregelt.

2. Während in früheren Jahrhunderten fast ausschließlich die rite erworbene Doktorwürde zur Ausübung der juristischen Berufsarten befähigte, sind heute allenthalben andere, meist wesentlich schärfere Bedingungen dafür in Kraft. Im deutschen Reich ist die Befähigung zum Richteramt, deren auch die Staatsanwälte, Notare und Rechtsanwälte nach Reichsrecht bedürfen, geknüpft an die Absolvierung zweier Staatsprüfungen, von denen die erste nach mindestens drei Jahren akademischen Studiums der Rechte, die zweite nach mindestens dreijährigem Vorbereitungsdienst in der juristischen Praxis abgelegt werden darf. Die Landesgesetzgebung, der die Regelung des näheren überlassen ist, ist außer in Hessen u. a. überall über die Minima entweder des praktischen Vorbereitungsdienstes oder des Universitätsstudiums oder beider hinausgegangen. Über die Befähigung zum höheren Verwaltungs- bezw. diplomatischen oder konsularischen Dienst bestehen keinerlei reichs- oder landesgesetzliche Normativbedingungen von ausschließlicher Bedeutung; vielfach werden Personen mit der Befähigung zum Richteramt in diese Fächer übernommen, aber auch Offiziere und sonstige durch Bildungsgang und soziale Stellung qualifizierte Persönlichkeiten. Es bestehen jedoch von Reichs wegen eine Diplomatenprüfung und eine Prüfung für das Amt der Berufskonsuln. Sie sind insbesondere (aber nicht ausschließlich) solchen Personen zugänglich, die zwei Jahre im juristischen Vorbereitungsdienst und zwei Jahre im Dienst der Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten tätig gewesen sind. In Preußen besteht eine analog normierte Prüfung für den höheren Verwaltungsdienst.

Zur Bekleidung eines akademischen Lehramts ist die juristische Doktorwürde erforderlich und ausreichend, d. h., wer sie besitzt,

kann von einer Universität zum Dozenten der Rechte berufen werden oder sich um die venia legendi bewerben.

3. Aus alledem ergibt sich, daß der Jurist in Deutschland weit später als die Vertreter anderer Berufe zur selbständigen Ausübung seiner Tätigkeit gelangt. Zieht man insbesondere die Erfüllung der Wehrpflicht, die lange Dauer der Examina, die ohne besondere Vorbereitung nicht leicht zu bestehen sind, endlich die Tatsache in Betracht, daß der auf die Zeit des Vorbereitungsdienstes anzurechnende Urlaub in der Regel überschritten wird, so erhellt, daß nur wenige vor dem 30. Lebensjahre das Ziel erreichen können. Gleichwohl muß die Frage, ob, wenn die theoretische und praktische Schulung der jungen Juristen in kürzerer Zeit durchführbar wäre — und das ist bei rationellerer Unterrichtsmethode ohne Zweifel der Fall —, die gesamte Vorbereitungszeit herabzusetzen sei, entschieden verneint werden.

Der Beruf des praktischen Juristen ist ein solcher, bei dem es die erlernbaren Fähigkeiten: gelehrtes Wissen und praktische Routine, allein nicht tun; er ist ein Beruf der Persönlichkeit, gleichwie der des Künstlers, des Lehrers, des Theologen und des Offiziers. Diese unterscheiden sich von allen anderen Berufen dadurch, daß es bei ihren Vertretern in hohem Grade darauf ankommt, was sie als Menschen sind, während dies z. B. bei dem Erbauer einer Dampfmaschine ziemlich gleichgültig ist. Unter ihnen allen aber ist hinwiederum der juristische Beruf dadurch gekennzeichnet, daß die von ihm erforderten Charaktereigenschaften in hohem Maße mit der Altersreife zusammenhängen. Die Ausbildung von Rekruten, wie die Führung weniger Krieger im Gefecht kann sehr wohl von einem Jüngling wahrgenommen werden — besonders unter der Aufsicht älterer Vorgesetzter —, wo-

fern er nur zu Ehr- und Vaterlandsliebe gehörig erzogen ist; auch das Lehramt und der Dienst am Wort stehen jungen Männern von einigermaßen ernster Sinnesart nicht übel an — aber auf den Richterstuhl und an die Stellen, die sonst über Wohl und Wehe der Menschen entscheiden und leitend und zwingend ins soziale Leben eingreifen, kann man keinen ganz jungen Mann setzen. Das hat des näheren zwei Gründe. Einmal sind es die dem Juristen notwendigen Persönlichkeitsqualitäten selbst, die sich in ausreichender Entwicklung bei jüngeren, auch wohlbeanlagten Leuten selten vorfinden: Weltgewandtheit bei tiefem sittlichen Ernst, Humanität bei unbeugsamer Strenge im Dienste des Rechtsgedankens, endlich die höchste Freiheit des Geistes, die mit fester Disziplin deshalb so gut vereinbar ist, weil sie gerade aus ihr geboren wird — diese machen das Ideal des Juristen aus. Und deren im Vereine weiß sich doch erst das erfüllte Mannesalter annähernd zu bemächtigen. Aber auch die Wissenschaft vom Rechte wie von den sozialen Dingen überhaupt ist eine solche, die Altersreife erheischt. Das ist der große Fehler in der Einrichtung des juristischen Bildungsganges, daß die Kandidaten in der ersten juristischen Prüfung über Dinge Auskunft zu geben haben, die, wie sie später inne werden, von ihnen größtenteils nicht verstanden sind. Weil aber mit zunehmendem Alter sowohl das eigentümlich-juristische Verständnis sowie das Geschick in der Behandlung sozialer Dinge erheblich wachsen, so ist es auch recht, daß die älteren Beamten in die oberen Instanzen aufrücken, und daß überhaupt „die Welt von den Männern zwischen fünfzig und siebzig regiert wird".

Die Erfassung des juristischen Berufes als eines Berufs der Persönlichkeit rechtfertigt es, den häufig (zuletzt von her-

vorragender technischer Seite im preußischen Herrenhause) erhobenen Vorwurf, den Juristen käme die ausgezeichnete Stellung in Staat und Gesellschaft, die sie haben, nicht zu, weil sie anerkanntermaßen „nichts lernten“ und das leichteste Studium trieben, als unbegründet zurückzuweisen. Wie es beim Offizier wichtiger ist, daß er Entschlossenheit und Tatkraft besitze, als gelehrtes Wissen, so gehen auch beim Juristen die oben näher bezeichneten Charaktereigenschaften der bloßen Gelehrsamkeit vor. Als Persönlichkeitsberuf rangiert er mit Recht vor den bloßen Wissensberufen, wie die Technik einer ist.

Allerdings ist das bestehende System der Juristenerziehung wenig geeignet, das, was es soll, zu leisten. Am schlimmsten aber liegen die Dinge gerade in dem führenden deutschen Bundesstaat, in Preußen. Von der Nichtbesoldung der Referendarien, die ja überhaupt die Regel ist, soll nicht die Rede sein — obwohl der pädagogische Nutzen der z. B. in Hamburg und Baden bestehenden Referendarkommissarien klar ist —, das schlimmste ist die völlige Abschließung von jeder verantwortlichen Tätigkeit. Daß in denjenigen Lebensjahren, in denen beim Manne der Drang nach selbständiger Betätigung am stärksten ist, der Jurist nur immer zu lernen und gehorchen hat, während er die Genossen von Universität und Schulbank, die anderen Berufen sich gewidmet, längst im rüstigen Schaffen sieht, ist eine große Härte für ihn und wird gerade von den Besten am schwersten getragen. Es bringt ihn um schöne Blüten des Lebens und ist sittlich nicht unbedenklich. Der Vorbereitungsdienst in Preußen, so wie er ist, namentlich in den großen Städten und unter diesen wieder besonders in Berlin, ist nicht geeignet, die Persönlichkeit zu erwecken, sondern sie zu zerdrücken. Bismarck meinte, es müsse eine gute Rasse in Preußen wohnen, da sie bei dem herrschenden System noch ein so gutes Juristenmaterial hervorbringe, wie wir es haben.

4. Unsere Bevorzugung der Charaktereigenschaften beim Juristen zu Lasten der großen Gelehrsamkeit möge keiner falschen Auslegung begegnen. Nichts liegt ihr ferner, als Unterschätzung der Wissenschaft, wie sie ja allerdings häufig vorkommt. Wie oft hört man nicht, insbesondere

auch von den einseitigen Routiniers unter den Juristen selbst: „Wozu der Wissenskram? er verbildet nur den gesunden Menschenverstand. Man täte gut, das akademische Studium abzuschaffen und sich mit der praktischen Ausbildung zu begnügen.“ Damit werden dann gelegentlich Hinweise auf Amerika u. s. w. verbunden, und bemerkt, die nur praktisch geschulten Juristen würden wahrscheinlich einen weit kräftigeren Zug ins Rechtsleben bringen, als jetzt unter dem Einfluß der von des Gedankens Blässe angekränkelten Studierten herrsche. Solche Argumentation verrät subalternen, ja kulturlosen Standpunkt. Wir wollen gar nicht einen „Betrieb“ im Rechtsleben, wie er in der neuen Welt teilweise sich regen mag; der paßt nicht in die Gesamtheit unserer deutschen Kultur, nicht zur Sinnesart des Deutschen Volkes. Wir wollen keine „schneidigen“ oder „sympathischen“ Richter, und keine „scharfen“ und „gerissenen“ Advokaten, sondern sorgsame, weit- sowohl als tiefblickende Erwäger der Entscheidungen und Anwälte des Rechts, die etwas mehr zu sein streben als Geschäftsmänner.

Weite und Tiefe des Blicks werden aber durch nichts so vorzüglich herangebildet wie durch das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Wer nur das für die Praxis Nötigste aus der Jurisprudenz sich aneignet, wird freilich auch nicht leicht über das Niveau öder Routine sich erheben. In philosophischem Sinne betrieben, erweist es sich aber als eminent bildend für Verstand und Charakter. Wie die sozialen Probleme erst einem reiferen Alter recht verständlich sind, so wirkt die Beschäftigung mit ihnen erziehlich noch für diejenigen, die ein solches Alter erreicht haben, ja selbst bis ans Ende des Menschenlebens. In diesem Sinne will Helmholtz sogar, und mit Recht, daß, wie die Jugend an der

Grammatik gebildet werde, so das juristische Studium als Bildungsmittel für ein reiferes Lebensalter benutzt werde, auch wo es nicht unmittelbar durch die praktischen Zwecke des Berufs gefordert wird. Das Studium der sozialen Probleme lehrt die Strebungen und das Wollen der Menschen verstehen und ruhigen Sinnes, gerecht und milde beurteilen. Vor allem aber trägt die *wissenschaftliche*, historisch und philosophisch fundierte Beschäftigung mit ihnen — das mag jeder, der sich je daran versucht, gespürt haben — den Idealismus in die Lebensanschauung hinein und zwar in wachsendem Maße, je mehr sie reale Anschauungen in ihrem Jünger schafft und an die Stelle vager Vorurteile setzt. Deshalb müssen die, die bei uns über Recht und Unrecht, also in gewissem Sinne über Gut und Böse zu richten haben, und die die Geschicke des Volkes leiten, sich mit diesen Dingen erfolgreich beschäftigt haben. Da aber diese Dinge, richtig erfaßt, nicht bloß nicht das leichteste, sondern gerade das schwerste Studium darstellen, so kann erfolgreiche wissenschaftliche Betätigung dieser Art nur gedacht werden als eine gründliche und nicht zu kurze, selbst wenn *Gelehrsamkeit* noch nicht verlangt wird.

Sammlung Göschen

Allgemeine Rechtslehre

Von

Dr. Theodor Sternberg

Zweiter Teil

Das System

Leipzig
G. J. Göschen'sche Verlagshandlung
1904

Spamersche Buchdruckerei, Leipzig.

Inhalt.

I. Buch.

Die Grundbegriffe.

(Allgemeine Rechtslehre i. e. S.)

§ 1. Das objektive Recht.

§ 2. Das subjektive Recht.

§ 6. Das Sachenrecht.

§ 7. Das Recht der Schuldverhältnisse (Obligationenrecht).

III. Buch.

Öffentliches Recht.

Erster Abschnitt.

§ 11. Zivilprozeß und Konkurs.

Zweiter Abschnitt.

Die gesamte Strafrechtswissenschaft.

§ 12. Das Strafrecht.

§ 13. Der Strafprozeß.

§ 14. Die strafrechtlichen Hilfswissenschaften.

Dritter Abschnitt.

Das öffentliche Recht im engeren Sinne.

§ 15. Allgemeine Staatslehre.

§ 16. Deutsches Staatsrecht.

§ 17. Deutsches Verwaltungsrecht.

§ 18. Das Völkerrecht.

Literatur[1].

1. Privatrecht.

Savigny, System des römischen Rechts. Bd. 1—8. 1840ff. — Dernburg, Heinrich, Pandekten. 3 Bde. 6. Aufl. — Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1902. — Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893. — †Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. bearb. v. Kipp. 1900. — Cosack, Lehrbuch des deutsch. bürgerl. Rechts. —

[1] Die mit Sternchen *) bezeichneten Werke sind leicht verständlich und zur Einführung für Anfänger besonders geeignet.

Crome, System des deutsch. bürgerl. Rechts. — Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1894. — Lehrbb. d. Handelsrechts von Cosack und Gareis.

2. Zivilprozeß und Konkurs.

R. Schmidt, Lb. des Zivilprozeßrechts. — *) Heilfron, Römische Rechtsgeschichte, Zivilprozeß und Konkurs. — Kohler, Leitfaden des Konkursrechts. 1893. — *) Nußbaum, die freiwillige Gerichtsbarkeit. 1900.

3. Strafrechtswissenschaft.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. Aufl. 1903. — † Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 2 Bde. 1883—85. — v. Kries, Lehrbuch des Strafprozesses. 1893. — Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

4. Publizistische Disziplinen.

Hübler, Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Reich. — Hübler, Die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs und die Exterritorialität. — † Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Mehrere Aufl. — Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 1900. — Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 2. Aufl. 1894. (2 Bde.). — v. Liszt, Lehrbuch des Völkerrechts. 2. Aufl. 1902. — Sohm, Kirchenrecht. Bd. I. Die geschichtlichen Grundlagen. 1892. — Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik I. 1894. — Friedberg, Lehrbuch des kath. und ev. Kirchenrechts. 4. Aufl. 1895.

I. Buch.

Die Grundbegriffe.

(Allgemeine Rechtslehre i. e. S.)

§ 1. Das objektive Recht.

1. Als die ersten juristischen Grundbegriffe bieten sich der Überlegung die Begriffe des objektiven und des subjektiven Rechtes dar. Objektives Recht oder „Recht im objektiven Sinne“ (norma agendi) ist die Norm, der Rechtssatz oder auch der Inbegriff der Rechtssätze, die Rechtsordnung. Subjektives Recht facultas agendi) ist das Recht, das einer hat, der Anspruch, die rechtliche Befugnis. Objektives Recht und subjektives Recht sind korrelate Begriffe, d. h. sie stehen in einem Verhältnis der Wechselbeziehung, so daß jeder den anderen voraussetzt, wie z. B. auch Mann und Frau, Land und Meer, Ursache und Wirkung, Stoff und Form 2c. Sehr müßig war daher der bis vor kurzem geführte Streit, welches von beiden das begrifflich frühere sei.

2. a) Das objektive Recht tritt, seiner Quelle nach, auf als Gesetzesrecht (auch gesetztes Recht, ius scriptum) und Gewohnheitsrecht (consuetudo). Dem Gewohnheitsrecht eignen die folgenden Erfordernisse. Gewohnheit, d. h. mehrmalige — möglichst langjährige — Übung des gleichen Grundsatzes muß in erster Linie dargetan sein [1]), wenn man die Geltung eines Gewohnheitsrechtes annehmen soll, und natürlich kann es sich nicht um

---

[1]) Rechtssprichwörter: Einmal ist keinmal. Einmal ist keine Gewohnheit.

keiten. Entweder die Rechtsordnung reagiert gar nicht, dann war der übertretene Rechtssatz eine lex imperfecta, oder sie straft, läßt aber die Gültigkeit der Handlung unangetastet (lex minus quam perfecta) oder sie erklärt die Handlung für nichtig ohne zu strafen (lex perfecta) oder endlich sie erklärt die Handlung für nichtig und bestraft sie (lex plus quam perfecta).

b) Was die Kraft der Rechtsnormen hinsichtlich der Zeit angeht, so tritt ein Gesetz entweder mit der Publikation oder (so meist) bestimmte Zeit nachher in Kraft. Es findet prinzipiell von diesem Zeitpunkt ab Anwendung auf alle Rechtsverhältnisse. Dies Prinzip hält im öffentlichen Recht Stand, im Privatrecht aber wird es, da man für unbillig hält, die in vor Erlaß des neuen Gesetzes begründeten Rechtsverhältnissen „wohlerworbenen Rechte" zu alterieren, von dem entgegengesetzten Prinzip der Nichtrückwirkung durchbrochen. — Die Geltung der Rechtsnormen endigt durch Abschaffung (derogatio) infolge Gesetzes oder Gewohnheitsrechts. Ein neues Gesetz über eine Materie tilgt ohne weiteres die über dieselbe bestehenden Gesetze (lex posterior derogat priori), es sei denn, daß es als Spezialgesetz (lex specialis) auftritt, welches nur gewisse Abänderungen trifft, während die mit der Neuerung vereinbaren Vorschriften bestehen bleiben.

c) Die Fragen über die Kraft des Rechtes in räumlicher Hinsicht ergeben sich aus der Tatsache, daß nicht allenthalben gleiches Recht gilt. Es verfalle ein Ausländer, der nach dem Rechte seiner Heimat minderjährig, nach unserem volljährig ist, bei uns in einen Rechtsstreit; es stehe vor hiesigen Gerichten ein von einem Amerikaner mit einem Franzosen in Italien abgeschlossener Kauf oder ein von einem Österreicher in Spanien be-

gangenes Verbrechen zur Beurteilung; können da unsere Gerichte entscheiden? Welches Prozeß- und welches materielle Recht müssen sie anwenden? Für alle diese Fälle bestehen Regeln, die man unter dem Namen: *Internationales Privat-, Straf- und Prozeßrecht* zusammenfaßt — eine Bezeichnung a (majore) parte pro toto, denn auch innerhalb eines Staates können solche Kollisionen leicht vorkommen; gelten doch für manche Materien noch heute in Preußen und vielen anderen Staaten lokal sehr verschiedene Rechte [1]).

d) Über die Kraft des Rechts hinsichtlich des Kreises der unterworfenen Personen ist insbesondere zu bemerken, daß regierende Fürsten den Gesetzen mit Ausnahme des Verfassungsrechts nicht unterworfen sind. (Princeps legibus solutus.) Es hängt das mit ihrer Unverantwortlichkeit zusammen. (The king can do no wrong.) Doch pflegen die Fürsten sich der Zivilgerichtsbarkeit ihres Landes freiwillig zu unterwerfen, mit der Maßgabe, daß Zwang gegen die Person ausgeschlossen bleibt [2]).

§ 2. Das subjektive Recht.

1. Das Rechtsleben gewährt das Bild unzähliger durcheinanderwogender und einander bekämpfender Willen. Keiner kann sich ins ungemessene ausdehnen, einem jeden werden durch das antagonistische Verhalten der anderen

---

[1]) In diesem Zusammenhang mag auch das Institut der *Rechtshilfe* erwähnt werden. Da jedes Gericht der Regel nach nur in seinem Bezirke tätig sein soll, so muß es Handlungen, die in einem anderen Bezirk notwendig werden, durch *Ersuchen* (Requisition) des zuständigen Gerichts vornehmen lassen. Die Gerichte ein und desselben Staats sind einander zur Rechtshilfe verpflichtet. Es sind aber durch völkerrechtliche Verträge auch schon bedeutsame Ansätze *internationaler Rechtshilfe* geschaffen worden (insbes. bezüglich der *Auslieferung* von Verbrechern).

[2]) Vgl. zur Lehre von den Rechtssätzen noch §§ 15 und 16, sowie Teil I §§ 1—3 und 12, 3—5.

Willen Grenzen gezogen. Als übermächtiger „allgemeiner Wille“ (Hegel; Rousseau: volonté générale) tritt die Rechtsordnung den Einzelwillen gegenüber und bestimmt, wie weit ein jeder derselben sich erstrecken und durchsetzen dürfe. Unter diesem Gesichtspunkt gelangte man dazu, das subjektive Recht als „Wollendürfen“ zu definieren.

Hiergegen richtete Jhering starke Angriffe: das Wollen sei nichts als die Schale des Rechtsbegriffs, kann man doch Rechte haben ohne um sie zu wissen, ist doch auch solchen Wesen Gütergenuß rechtlich verbürgt, die, wie die Wahnsinnigen und kleinen Kinder keinen rechtlich anerkannten Willen betätigen können, willensunfähig sind. Das rechtlich maßgebende Wollen übt bei ihnen der gesetzliche Vertreter (Eltern oder Vormund) aus; und doch wird niemand sagen, das Eigentum an einem dem unmündigen oder wahnsinnigen X hinterlassenen Hause stehe dessen Vormund zu. Endlich ist der Wille ein einseitig formales, mit beliebigem Inhalt erfüllbares, aber an sich inhaltsloses Moment, die gesamte Differenzierung (Mannigfaltigkeit) der Rechte beruht auf der der Interessen — so kam Jhering zu der Definition: „(Subjektive) Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“

Doch auch sie erwies sich als lückenhaft. Manches Interesse ist rechtlich geschützt, ohne daß seinem Träger selbst aus der Gefährdung oder Verletzung ein Anspruch erwüchse, er kann es nicht selber durchsetzen, sondern es tut dies für ihn der Staat: kein subjektives Recht liegt vor, sondern lediglich der Widerschein objektiven Rechts: nur das Wesen des Rechtsguts, das man dieserhalb auch Rechtsreflex (minder gut Reflexrecht) genannt hat, ist durch die Definition getroffen. Daß man ein Interesse selber geltend machen kann, sei es in Person, sei es (wie

bei den Willensunfähigen notwendigerweise) durch einen Stellvertreter, das erst stempelt dasselbe zum subjektiven Recht: beide, das Interessemoment und das Willens- oder Machtmoment sind integrierende Bestandteile des Begriffs. Ihre Synthese ergibt die moderne Definition; „subjektives Recht ist das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Interesse“ (nach Jellinek).

2. Die Haupteinteilung der subjektiven Rechte ist, entsprechend der obersten Einteilung der Rechtsordnung in öffentliches und Privatrecht diejenige in öffentliche und private subjektive Rechte. Sie zeigen Wesensunterschiede, an denen die Verschiedenheit des Privat- und öffentlichen Rechts und das Verhältnis der beiden Kategorien zueinander besonders hervortritt.

a) Wir haben das Privatrecht als denjenigen Teil der Rechtsordnung definiert, der die privaten, das öffentliche Recht als denjenigen, der die Interessen der Gesamtheit regelt nach dem alten Spruch des Ulpian: Publicum ius est, quod ad statum [rei Romanae] spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. Die Träger der Privatinteressen sind die Privatleute. Die Träger der öffentlichen Interessen (Gemeininteressen, Interessen der Gesamtheit) sind die öffentlichen Körper, auch Verbandspersonen des öffentlichen Rechts genannt, als Staat, Gemeinden und Gemeindeverbände, anderweitige öffentliche Korporationen und Anstalten [1]). Das auszeichnende Merkmal der öffentlichen Körper ist, daß sie herrschaftliche Gewalt (imperium) haben [2]). Die Wahrung der Privatinteressen geschieht durch die Privaten unter dem Schutze der herrschaftlichen Gewalt,

---

[1]) Vgl. § 3 S. 41.

[2]) Näheres über diesen Begriff I S. 34 ff.

die der öffentlichen Interessen durch die öffentlichen Körper vermittelst der herrschaftlichen Gewalt. Diese Herrschergewalt hat der Staat als eigene, die anderen öffentlichen Körper als vom Staate abgeleitete.

Wenn wir nun, was von Vorteil ist, eine Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnissen [1]) des öffentlichen und des Privatrechts treffen, so kann diese nur unter dem Gesichtspunkt einen Sinn haben, daß man als öffentliche diejenigen Rechtsverhältnisse ansieht, in denen öffentliche Interessen irgendwie vertreten werden. Also sind, da Träger öffentlicher Interessen die öffentlichen Körper sind, Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts solche, an denen mindestens ein öffentlicher Körper beteiligt ist. Diese Bestimmung bedarf freilich insofern der Modifikation, als auch die öffentlichen Körper mitunter in der Toga des Bürgers sich auf den Markt des privaten Verkehrs begeben, kaufen und verkaufen, mieten, vermieten, pachten, verpachten, entleihen, verpfänden 2c. Wenn sie nun auch, rein sozial betrachtet, diese Geschäfte auch im Interesse der Gesamtheit besorgen, so wird man doch, da sie dabei nur als Privatpersonen auftreten und nicht das Scepter, sondern den Geldbeutel brauchen, die entstehenden Rechtsverhältnisse dem Privatrecht einordnen müssen [2]). Danach ist ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts ein solches, in dem mindestens ein öffentlicher Körper als solcher (als herrschgewaltbegabte Persönlichkeit) beteiligt ist.

Mithin herrscht in den privaten und öffentlichen Rechtsverhältnissen ein fundamentaler Unterschied. In

---

[1]) Vgl. § 4, bes. S. 52 Anm.

[2]) Also der Kauf eines Grundstücks, den der Staat (in seiner privatrechtlichen Eigenschaft Fiskus genannt) vornimmt, ist privati, der Erwerb eines solchen im Wege der Enteignung (Expropriation) publici iuris.

den Privatrechtsverhältnissen stehen sich die beteiligten Personen grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber; im öffentlichen Rechtsverhältnis — mit später zu erörternder Ausnahme [1]) — als herrschende und beherrschte Person. Das charakteristische Moment in diesen ist das Untertansein (subiectio) der einen Person unter das imperium der anderen. Die Rechte, die in einem Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts der unterworfene Part dem beherrschenden (im Hauptfall: dem Staat) gegenüber hat, sind ihm von diesem gewährt, er hat sie also kraft Begabung durch den ihm im Rechtsverhältnisse gegenüberstehenden Teil, im Privatrechtsverhältnis bestehen die Befugnisse der beiden Teile gegen einander kraft Erlaubnis durch die über beiden stehende öffentliche Gewalt. Entsprechend sind im öffentlichen R.-V. die Befugnisse, die der untertane Teil nicht hat, als vom anderen Teil versagte, im Privat-R.-V. die Befugnisse, die einer von ihnen nicht hat, als durch Verbot der betreffenden Handlung seitens der über beiden stehenden Herrschgewalt ausgeschlossen anzusehen. Das hervorstechende beim öffentlichen Rechtsverhältnis ist, daß zu allem Handeln der eine Teil durch den anderen erst befähigt ist. Wozu ich befähigt bin, das kann ich, was mir erlaubt ist, das darf ich; der Gegensatz des Gewährt- bezw. Versagtseins auf der einen, des Erlaubt- bezw. Verbotenseins auf der anderen Seite ist also auch durch den des Könnens und Dürfens ausdrückbar. Diesen Unterschied des öffentlichen und privaten subjektiven Rechts hat Jellinek, der ihn entdeckte [2]), sachgemäß als das formale Kriterium der beiden Begriffe bezeichnet im Gegensatz zu dem in der

[1]) S. 27 u. 31 [1].

[2]) Wozu er eine erste Anregung bei Schelling vorgefunden haben dürfte.

Ulpianischen Definition enthaltenen materiellen Kriterium, der Art des Interesses (privata aut publica utilitas). Daß diese Unterscheidung aber kein bloßes Spiel mit Worten, sondern eine Beobachtung vom reichsten konstruktiven Gehalt ist, werden wir finden, indem wir sie in 3 verschiedenen Richtungen weiter entwickeln. (b—d.)

b) Ohne Zweifel ist beispielsweise das aktive Wahlrecht ein öffentliches Recht, wird es doch vom Bürger nicht in seinem privaten, sondern im Staatsinteresse ausgeübt. Denken wir, es gäbe jemand seine Stimme ab, der das wahlfähige Alter noch nicht erreicht hat. Geradezu verboten ist ihm das nicht. Er darf das tun. Aber die Stimmabgabe ist wirkungslos, sie ist juristisch nicht vorhanden, er kann nicht wählen. Oder: Herr Müller bestimmt, Schulze solle Minister sein; niemand wird ihn an diesem Vergnügen hindern, aber Schulze ist darum nicht Minister. Müller kann keine Minister ernennen, der König hinwieder kann es. Dagegen: A legt ohne Zustimmung des B über dessen Grundstück eine Wasserleitung, oder läßt sein Vieh darauf weiden 2c. Das kann er ohne Zweifel, aber er darf es nicht; es ist ein verbotenes Tun, und wenn B klagt, erfolgen die geeigneten staatlichen Maßnahmen, dem Verbote Geltung zu verschaffen (Verurteilung, eventl. Zwangsvollstreckung). Und so lassen sich viele Beispiele abwandeln [1]).

c) Ferner: Auf die Befugnisse des Staates ist offenbar die Kategorie des Dürfens gar nicht anwendbar. Denn niemand hat einem (souveränen) Staate etwas zu erlauben. Seine Befugnisse sind Fähigkeiten, die er

---

[1]) In Betrachtung der Beispiele ergibt sich auch leicht der wichtige Satz von den verschiedenen Gegenständen der öffentl. und priv. subjektiven Rechte. Die Rechte, welche ein Dürfen enthalten, begründen einen Anspruch auf Nichtzuwiderhandeln, diejenigen, in denen ein Können, eine Fähigkeit gewährt ist, gehen in erster Linie stets auf Anerkennung.

kraft seiner Macht sich nimmt, und das gilt nicht bloß von den staatsrechtlichen, sondern auch von den völkerrechtlichen, trotzdem daß die Staaten in ihrem Verkehr untereinander (welchen das Völkerrecht regelt), so gleichberechtigt dastehen wie die Privatpersonen im Privatrecht[1]).

d) Man denke sich eine mit beliebigen Rechten ausgestattete Person und abstrahiere von dieser einzeln die Rechte. Alsdann zeigt sich, je nachdem man ein öffentliches oder ein privates Recht wegnimmt, ein tiefgreifender Unterschied. Die Person geht irgend eines privaten Rechtes verlustig, z. B. des Eigentums an einem Klavier, welches verbrennt, an einer Ware, welche sie verkauft, oder etwa eines Forderungsrechts, indem die Schuld verjährt oder bezahlt wird — dies alles ändert nur gewisse individuelle Rechtsverhältnisse, die allgemeine Rechtsstellung der Person bleibt, mag so auch ein privates Recht nach dem andern bis zum letzten dahinschwinden, unangetastet. Ein entlaubter Stamm bleibt zurück, aber immerhin ein Stamm, wenn wir die Person etwa mit einem Baum vergleichen wollen. Nimmt man aber die öffentlichen subjektiven Rechte fort, so ändert sich das Bild vollkommen. Ob jemand passiv oder aktiv wahlfähig ist oder nicht, ob thronfolgefähig oder nicht, ob er die Fähigkeit zur Bekleidung eines staatlichen oder kirchlichen Amtes, ob die zur Mitgliedstellung in einer Gemeinde habe oder nicht, ob er fähig sei, eine Ehe einzugehen 2c., das berührt mehr oder minder einschneidend die allgemeine Rechtsstellung, den Rechtsstand (status) des Betreffenden. Man sagt daher: die subjektiven öffentlichen Rechte sind Rechtsstandrechte

[1]) Wodurch im Völkerrecht manche privatrechtsähnlichen Erscheinungen auftreten.

oder Statusrechte. Hierher gehören unzweifelhaft auch z. B. die Fähigkeit, Vormund zu werden, Grundeigentum oder Eigentum überhaupt 2c. zu erwerben. Endlich die Fähigkeit, überhaupt Rechte zu haben[1]). (Davon sogleich unten.) Alle diese Fähigkeiten enthalten, wie das Wort schon sagt, rechtliches Können, sind vom Staate gewährt bezw. versagt und durch privates Belieben nicht beeinflußbar. So folgt der wichtige Satz: Alle Statusrechte sind öffentliche Rechte. Die Umkehrung des eben gefundenen: Alle öff. subj. Rechte sind Statusrechte.

Kehren wir zu unserer Abstraktion zurück. Nimmt man von dem zu Anfang gedachten Rechtsträger alle die angedeuteten Fähigkeiten fort, so bleibt schließlich die nackte Fähigkeit, überhaupt Rechte zu haben, Subjekt von Rechten zu sein, die Rechtsfähigkeit im technischen Sinne übrig. Nimmt man auch die weg, so ist der betreffende aus der Reihe der Rechtsgenossen gestrichen. Hier geht es, um unser Gleichnis durchzuführen, dem Baum an Stamm und Wurzel. Das ganze Pflanzenindividuum ist vernichtet, nicht mehr vorhanden. So ist, juristisch gesprochen, kein rechtlich beachtliches Individuum, keine rechtliche Persönlichkeit mehr vorhanden. Wer keine Rechte haben kann, ist für das Recht nicht Person. Oder Person sein heißt Rechte haben können.

---

[1]) Die Möglichkeit, in einem einzelnen Fall ein privates Recht zu haben, z. B. Eigentum, Pfandrecht, Forderung, ruht also auf der Fähigkeit, solche Rechte überhaupt zu haben. So erweist sich öffentliches Recht als die tragende Grundmauer alles Privatrechts. — Hinter den (sagen wir der Einfachheit halber zwei) an einem Privatrechtsverhältnis beteiligten Personen steht also der Staat (die Herrschgewalt), von dem ihnen die Fähigkeit, Privatrechte zu haben, gewährt ist. Mithin liegt eigentlich ein dreiseitiges Rechtsverhältnis vor und ist das Privatrechtsverhältnis eine Abstraktion; indem das Verhältnis der beiden Partner zum Dritten (dem Staat) als unerheblich vernachlässigt wird. Es ist methodologisch dasselbe Verfahren, als wenn in einer mathematischen Gleichung Glieder, welche auf beiden Seiten übereinstimmend vorkommen, vernachlässigt werden.

Ein Sklave (servus) ist nicht Person. Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit („auch Personenqualität"), Rechtssubjekt und Person sind synonyme Ausdrücke der juristischen Terminologie.

e) Je nachdem nun zur bloßen allgemeinen Rechtsfähigkeit einzelne Fähigkeiten hinzukommen, gestaltet sich der Status der betreffenden Person, der in den verschiedensten Abstufungen auftritt.

Unter den hier in Betracht kommenden Fähigkeiten ist von allgemeinster Bedeutung die, überhaupt Handlungen von rechtlicher Wirkung vornehmen zu können, die Handlungsfähigkeit[1]).

Die Handlungsfähigkeit tritt auf als α) Geschäftsfähigkeit, d. i. die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte (vgl. S. 59) rechtswirksam vorzunehmen, β) Deliktsfähigkeit; diese begründet die Möglichkeit, aus unerlaubten Handlungen haftbar gemacht zu werden (vgl. unten S. 55, 80, 88).

3. I. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Die Tatsache, daß durch die Ausstattung mit subjektiven öffentlichen Rechten die rechtliche Persönlichkeit in Art und Grad bestimmt wird, legt es nahe, die Haupteinteilung hier nach den Personen zu treffen, welche mit diesen Rechten begabt sind.

a) Privatpersonen. Hier treten einander zunächst markant gegenüber der einzelne und der Staat. In dem Verhältnis zwischen Staat und einzelnen ist die grundlegende, dem ganzen öffentlichen Recht sein eigenartiges Gepräge verleihende Tatsache, daß der Staat über den einzelnen Herrschergewalt (imperium) ausübt. Grundsätzlich ist der Staat herrschende, der einzelne be-

---

[1]) Diese ist nicht mit der Rechtsfähigkeit bereits gegeben; ein Kind, so zeigten wir (S. 23), kann Rechte haben, z. B. Hauseigentümer sein, aber ein gesetzlicher Vertreter (Eltern oder Vormund) muß für dasselbe handeln.

herrschte Person, der prinzipielle Status des letzteren der passive Status (st. subiectionis). Jedoch in keiner bekannten Rechtsordnung besteht dies Verhältnis ohne gewisse Durchbrechungen, welche dem Individuum eine herrschaftsfreie Sphäre gewährleisten, den status libertatis (negativen Status.) Heute besteht Freiheit der Person nach den verschiedensten Richtungen hin, als z. B. Freizügigkeit, Bekenntnisfreiheit, Preßfreiheit, Beteiligung an Vereinen und Versammlungen, Schutz gegen polizeiliche Behelligung von Person, Wohnung, Vermögen 2c.[1]). Unter dem Einfluß des Naturrechts sprach man vielfach von Grund- oder Freiheitsrechten, in Wirklichkeit liegen hier aber noch keine subjektiven Rechte, sondern nur Exemtionen aus der Sphäre des Beherrschtseins, und da diese rechtlich geschützt sind, Rechtsreflexe, Rechtsgüter vor. Es bestehen auch Ansprüche der einzelnen an den Staat auf positive Leistungen, z. B. auf völkerrechtlichen Schutz, auf Ausstellung von Urkunden, Erteilung von Konzessionen, Zulassung zu Prüfungen 2c. Hier erst, mit dem positiven Status betreten wir das Gebiet der wirklichen subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen. Endlich aber sind die einzelnen auch an der Herrschaftsübung des Staates als deren Organe selbst beteiligt, sie besitzen aktiven Status (st. civitatis). Hier sind zu unterscheiden diejenigen Rechte, welche, wie das Wahlrecht zu den Parlamenten, im allgemeinen auf die bloße Bürgerqualität sich gründen[2]), und diejenigen, welche noch eine besondere Qualifikation irgend welcher

[1]) In diesem Status sind gewisse Personen (regierende und standesherrliche Familien) privilegiert, man denke z. B. an Militär- und Abgabefreiheit; andere (z. B. verurteilte Verbrecher, auch Angeklagte) gemindert.

[2]) Man hat diese Rechte „politische Rechte" genannt im Gegensatz zu den „bürgerlichen Rechten", d. h. denjenigen Rechtsgütern und Rechten des einzelnen, welche den negativen und den positiven Status ausmachen.

Art erheischen, als die Rechte der Monarchen, Regenten, republikanischer Staatshäupter, der Parlamentsmitglieder und der Staatsdiener (Beamten). In entsprechender Weise wie die Individuen werden auch sogenannte Verbandspersönlichkeiten, als Vereine, Anstalten ꝛc., vom Staate beherrscht.

b) Öffentliche Verbände. Aber es gibt auch Verbände, welche nicht nur gleich jenen mit den Statusgraden des Beherrschtseins, des Interessenschutzes und der Mitausübung der staatlichen Herrschaft im Rahmen des status civitatis begabt sind, sondern außerdem zu eigenem, vom Staate ihnen gewährten Rechte, Herrschaft ausüben. Sie haben teil am status imperii. Es sind die bereits erwähnten, dem Staate unterworfenen öffentlichen Körper. So insbesondere die Gemeinden und Kommunalverbände sowie die Kirche. Die hauptsächlichste der öffentlichen Personen ist jedoch der Staat. Der aber besitzt doppelte Persönlichkeit, einmal im Verhältnis zu seinen Untertanen, d. i. die staatsrechtliche Persönlichkeit, deren Inhalt sich in den Rechtssätzen über die Beziehungen der bisher besprochenen Personen zu ihm widerspiegelt, dann aber im Verhältnis zu anderen Staaten, d. i. völkerrechtliche Persönlichkeit[1]). Es wird also in der Hauptsache zwischen seinen staatsrechtlichen und seinen völkerrechtlichen Rechten zu unterscheiden sein.

4. II. System der subjektiven Privatrechte. Da in der Privatrechtssphäre grundsätzliche Gleichberechtigung und daher Unterschiedslosigkeit der Persönlichkeiten herrscht, so bietet sich als oberstes Unterscheidungsmerkmal der subjektiven Privatrechte ihr Gegenstand dar. Hiernach zerfallen dieselben in 2 Kategorien: a) Rechte, durch welche

---

[1]) Ein staatsrechtlicher Status ist hier nur so weit möglich, als ein Staat als Mitglied eines Bundesstaates dem letzteren unterworfen ist.

eine Sache der Macht des Berechtigten in gewissem Grade unterworfen wird (z. B. Eigentum, Pfandrecht u. a. m.), das sind die dinglichen oder Sachenrechte, und b) Rechte, durch welche eine Person dem Berechtigten zu einer Leistung verpflichtet wird (z. B. das Recht aus einem Kauf-, Miets- oder Dienstvertrag), das sind die obligatorischen oder Forderungsrechte. c) Aber diese Einteilung ist nicht erschöpfend. Das oben angegebene Prinzip nämlich, welches die Einteilung der Privatrechte nach den berechtigten Personen ausschließt, erleidet dadurch eine Durchbrechung, daß es 2 Gruppen von Statusrechten gibt, die den Schwerpunkt ihrer Bedeutung in den privatrechtlichen Beziehungen haben und deshalb, obwohl ihrer Natur nach, wie alle Statusrechte, öffentlichen Rechts, dem Lehrsystem des Privatrechts einverleibt werden.

α) Die eine Gruppe bilden die Familienrechte. Daß sie im Grunde Statusrechte, beweist der Umstand, daß sie in erster Linie auf Anerkennung gehen (z. B. der Vaterschaft, Kindschaft oder sonstigen Verwandtschaft, der Eigenschaft als Ehegatte 2c.). Man redet dementsprechend auch von einem status familiae. Die innerhalb dieses vorkommenden persönlichen Qualitäten, deren Natur als ius publicum die Wissenschaft schon sehr lange lehrt und über die daher auch durch Privatwillkür nicht verfügt werden kann, bilden aber die Wurzel für zahlreiche vermögensrechtliche Ansprüche, insbesondere auf Unterhalt 2c.) (vgl. § 8, insbesondere über persönliche Familienrechte und Familiengüterrecht), deren privatrechtliche Natur um so weniger zweifelhaft sein kann, als sie sich in die Kategorien der dinglichen und der Forderungsrechte vollständig aufteilen lassen. So nehmen die Familienrechte im ganzen betrachtet eine ge-

wisse Grenzstellung ein, welche übrigens auch bei einem Blick auf das materielle Scheidungsmerkmal für öffentliches und privates Recht (vgl. oben S. 23) scharf hervortritt.

β) Die zweite Gruppe sind die sogenannten Individual- oder Persönlichkeitsrechte[1]. Sie lassen 5 Unterabteilungen erkennen, nämlich:

a′) Die privaten Ansprüche aus Leben, Freiheit, Ehre, welche hauptsächlich in der Gestalt von Entschädigungsforderungen für Verletzung auftreten.

b′) Die Rechte, welche auf einem besonderen Personenstand (mit Ausschluß des bereits behandelten Familienstandes) als Berufsstand, Geburtsstand, Religionsbekenntnis, Mitgliedschaft an einer Korporation (z. B. einer Handwerkerzunft) ꝛc. beruhen.

c′) Im Mittelalter und bis in die neuere Zeit waren eigentlich alle Rechte beruflicher Betätigung auf derartige besondere Zustände basiert, heute sind diese Rechte fast alle (die verschwindend wenigen Ausnahmen stehen durchweg auf dem Aussterbeetat) mit der allgemeinen Qualität des gewöhnlichen Rechtsgenossen verknüpfbar, sofern nur dieser sich in bestimmter Weise betätigen will. Insbesondere gilt dies von der Erwerbstätigkeit; das moderne Prinzip ist die Gewerbefreiheit (im Gegensatz zum oben erwähnten Zunftrecht des Mittelalters), und dergleichen Zustände sehen sich daher, von der Seite des

[1] Die Bezeichnung frappiert insofern, als ja alle Statusrechte Ausfluß der rechtlichen Persönlichkeit sind. Der Terminus besagt auch eigentlich nichts weiter als „Statusrechte". Sie sind eben der unbenannte Teil der ins Privatrecht eingeordneten Statusrechte (der andere hat den alten Namen Familienrechte). Wenn man sie als Rechte definiert, „deren Gegenstand eine Sphäre der Persönlichkeit sei", so sagt das genau dasselbe, nur ist die Terminologie vom Standpunkt des Privatrechts ausgewählt (als welches den Gegenstand zum Einteilungsgrunde nimmt), was dann freilich nicht völlig korrekt ist. Bei den Familienrechten läßt sich die parallele Erörterung aufstellen.

öffentlichen Rechtes her betrachtet, geradezu als negativer Status an. Aber nach der privatrechtlichen Seite hin offenbaren diese, wie ihren individuellen Charakter so ihre Eigenschaft als subjektives Recht. Der Gewerbetreibende ist in seiner Tätigkeitssphäre gegen den Einbruch, welchen unlauterer Wettbewerb (concurrence déloyale)[1]) ihm droht, nicht nur strafrechtlich geschützt, sondern kann sich auch auf dem privatrechtlichen Klagewege Abhilfe (durch Klage auf „Unterlassung", vgl. darüber S. 118) und Schadenersatz verschaffen. Deutlicher noch freilich tritt die individuelle Berechtigung hervor bei den Gewerbeprivilegien. Diese sind Monopole, wenn für einen Artikel ein ausschließliches Vertriebsrecht einer Person vorliegt, Bannrechte, wenn ein Kreis von Personen rechtlich gehalten ist, gewisse Bedürfnisse nur bei einem bestimmten Gewerbetreibenden zu befriedigen. Indem sie die Gewerbefreiheit durchbrechen, stehen freilich die vorhandenen Reste solcher Berechtigungen auf dem Aussterbeetat, sie sind jedoch deshalb von bleibendem dogmatischen Interesse, weil sie in ihrer Struktur manches Verwandte mit den modernen gewerblichen Rechten an Geisteserzeugnissen besitzen, über welche weiter unten zu berichten ist. Ihnen ähnlich sind auch die ausschließlichen Aneignungsrechte, als Jagdrecht, Fischereirecht &c., welche übrigens hauptsächlich in der Form von Regalien (siehe darüber unten S. 35) vorkommen.

d') Die Namen- und Zeichenrechte: Sowohl gegen Bestreitung des Rechts meinen Namen zu führen als gegen Mißbrauch meines Namens bin ich geschützt, indem ich Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, eventuell auf Unterlassung klagen kann. Besondere Ausbildung unter

---

[1]) Fälle: lügnerisches Anpreisen eigener, Anschwärzen fremder Ware oder Leistung, Verrat von Geschäftsgeheimnissen des Prinzipals.

den Namenrechten genießt das (handelsrechtliche) Firmenrecht, und auch besonderen Schutz, indem wegen Verletzung des Firmenrechts außer auf Unterlassung auch auf Schadenersatz geklagt werden kann. Dieser Schutz gilt denn auch für das wichtigste der modernen Zeichenrechte, das Recht am Warenzeichen (während z. B. das Wappenrecht nur wie das Namenrecht geschützt ist).

e′) Die Rechte an Geisteserzeugnissen: Das Urheberrecht und das Erfinderrecht. Man unterscheidet: α′) Die literarisch-künstlerischen Urheberrechte an Schriftwerken, an Werken der Tonkunst und der bildenden Kunst. (Durch Übertragung gewisser Ansprüche aus diesem Urheberrechte entsteht das Verlagsrecht.) β′) Das Urheberrecht an Photographien, welches die Eigentümlichkeit hat, in erster Linie meist nicht dem Schöpfer, sondern dem Besteller zuzustehen. γ′) Das kunstgewerbliche Urheberrecht (an sogen. Geschmacksmustern). δ′) Das Recht an Gebrauchsmustern endlich führt hinüber zum eigehtlichen, mit dem Patentschnz ausgestatteten Erfinderrecht.

Anhang. Eine ähnliche Stellung halb öffentlicher, halb privatrechtlicher Natur wie die Persönlichkeitsrechte haben die Regalien. Ursprünglich waren sie, wie der Name sagt, königliche Rechte. Aber sie entstanden im Mittelalter, zu einer Zeit, der der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht noch nicht aufgegangen war, insbesondere z. B. auch eine Differenz zwischen Staats- und königlichen Privatfinanzen nicht existierte. Justiz-, Zoll-, Geleits-, Schatz-, Forst-, Jagd-, Fischerei-, Bernstein-, Salzregal u. dergl. bildeten demnach einerseits die rechtliche Basis der Anfänge königlicher Justiz- und Finanzverwaltung und der Polizei auf den verschiedensten Gebieten, andererseits aber nutzbare private

Einnahmequellen, die dem Könige (oder wem sie von ihm delegiert waren) kraft seiner Würde zustanden. Die römische Rechtswissenschaft, die gleich der modernen mit der scharfen Begriffsscheidung von ius privatum und publicum arbeitete, konnte sie daher nicht konstruieren. Später bildeten sich aus den den eigentlichen Staatsaufgaben dienenden Regalien die öffentlichen Staatshoheitsrechte (Justiz-, Finanz-, Polizeihoheit), andere schwanden ganz zu privaten (fiskalischen) Rechten zusammen. Heute bestehen nur wenige Regalien, die im System unter die Persönlichkeitsrechte aufgeteilt werden müssen. Es hat aber die von der romanistischen Rechtswissenschaft, deren Schlüsseln die Regalien spotteten, aufgeworfene törichte Frage, ob sich denn die Regalien überhaupt juristisch konstruieren ließen, das granum an Richtigkeit, daß der Begriff im modernen System eigentlich keine Stelle hat: er gehört einer überlebten, mit disparaten Begriffen arbeitenden Rechtsauffassung an.

5. In fortwährender Entstehung, Abänderung und Endigung subjektiver Rechte bewegt sich der Kreislauf des sozialen Lebens. Unter dem Einfluß der verschiedensten Tatsachen verschiebt sich die Gruppierung der menschlichen Interessen wie die bunten Scherben eines Kaleidoskops, und entsprechend ändern Berechtigungen und Verpflichtungen ihre Stellung. Tatsachen, welche solchermaßen für die Entstehung, Abänderung und Endigung subjektiver Rechte von Belang sind, heißen rechtsbegründende oder juristische Tatsachen [1]). Unter ihnen steht obenan das Gesetz. Fast jede neue Rechtsetzung wird auch in concreto neue Berechtigungen und Verpflichtungen schaffen. Aber kein Ereignis ist von der

[1]) Eine konkrete Verknüpfung juristischer Tatsachen heißt Tatbestand.

Fähigkeit, juristische Tatsache zu sein, ausgeschlossen. Es können rein tatsächliche Vorkommnisse sein, z. B. der Tod eines Menschen endigt alle seine Rechte, ändert die seiner Angehörigen und begründet Erbrechte; die Zerstörung eines Gegenstandes durch Feuer endigt das Eigentumsrecht an demselben, bringt eventuelle Versicherungsansprüche zum Entstehen. Noch höhere Bedeutung aber genießen die menschlichen Handlungen. Sie sind nach ihrer juristischen Qualifikation entweder Delikte, d. h. unerlaubte Handlungen, aus ihnen entsteht ein Schadenersatzanspruch u. dgl. für den Verletzten, und häufig ein staatlicher Strafanspruch. Oder es sind Rechtsgeschäfte, d. h. Handlungen, welche die Begründung bezw. Abänderung, Endigung von Rechten bezwecken. Endlich gibt es noch eine dritte Kategorie: erlaubte Handlungen, welche rechtliche Wirkungen äußern, in erster Linie aber „auf nicht juristische Zwecke gerichtet sind, so daß die juristische Wirkung als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt" (Savigny). Man könnte sie „rechtsgeschäftsähnliche" Handlungen nennen (Regelsberger); die Bestimmung ihrer Grenze gegen die Rechtsgeschäfte ist überaus schwierig und hat ein Heer von Kontroversen gezeitigt. Die Begründung eines Wohnsitzes, die Ersitzung, Okkupation, Dereliktion, Spezifikation, Besitzergreifung und Besitzaufgabe, die Erfüllung einer Obligation, die ein Urheberrecht erzeugende Geistestat, sind sie Rechtsgeschäfte oder Handlungen der dritten Kategorie? Diese ihrer Lösung noch harrenden Probleme sind von großer Wichtigkeit, nicht bloß weil sie zu den Kernfragen vom Wesen des Rechts hinführen, sondern auch aus praktischen Gründen. Die Rechtsgeschäfte sind die wesentlichen Triebfedern im Rechtsleben. Eine Fülle besonderer Normen sind auf sie anzuwenden. Freilich hat die Theorie von

den Rechtsgeschäften bisher ihre Entwickelung so überwiegend im Privatrecht gefunden, daß auch wir ihr erst im Rahmen des Privatrechts näher treten können. Nur bezüglich ihrer Einteilung sind einige für das ganze Rechtsgebiet geltende Gesichtspunkte beizubringen. Man unterscheidet einseitige Rechtsgeschäfte, bei welchen die Willensäußerung einer Partei genügt (z. B. Anstellung eines Beamten, Vollmachtserteilung, Kündigung, Anfechtung, Mahnung, Testament), und zweiseitige. Diese sind Verträge, wenn es sich um Verabredung zweier oder mehrerer Personen über Vollziehung und Empfang von Leistungen handelt, hingegen Vereinbarungen, wenn die Erzeugung einer einheitlichen, rechtlich relevanten Willenserklärung durch mehrere individuelle Willensaktionen in Betracht kommt, sei es nun die selbständiger Personen oder von Organen eines Gemeinwesens[1]. Im Privatrecht überwiegt bei weitem der Vertrag, im öffentlichen die Vereinbarung. Die Endigung der Rechte erfolgt in erster Linie durch Wegfall der berechtigten Person, ferner durch Verfügung des Berechtigten (sogen. Verzicht). Unter den Änderungen der Rechte ist die wichtigste der Wechsel in der Person des Rechtsträgers, also die Übertragung von Rechten, die Rechtsnachfolge oder Succession.

6. Die Geltendmachung der Rechte erfolgt ihrer elementaren Form nach durch Selbsthilfe. Für das

---

[1]) Jellinek. Derselbe bemerkt weiter: „Vereinbarung ist Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung gemeinsamer, Vertrag Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht kongruierender Interessen.“ — Beispiele: Kauf, Miete, Darlehen, Schenkung, Einigung zweier Staaten über Teilung eines streitigen Grenzstrichs sind Verträge. Der Urteilsspruch im Kollegialgericht, das Statut eines Vereins, die Beschlüsse einer Generalversammlung beruhen auf Vereinbarung. Gesetze werden zwischen Krone und Parlament vereinbart, ebenso die Sätze konventionellen Völkerrechts zwischen den Staaten, z. B. die Genfer Konvention. Rechtsvereinbarung siehe auch Teil I S. 27.

innerstaatliche Recht ist sie heute mit wenigen Ausnahmen (z. B. Notwehr) beseitigt, insbesondere für das Privatrecht (B. G. B. kennt nicht einmal mehr die private Pfändung; nur im Völkerrecht fristet sie noch ein auskömmliches Dasein). Sonst erfolgt die Geltendmachung allenthalben innerhalb der Rechtsordnung; auf dem eigentlichen Rechtsweg (durch Anrufung des Richterspruches) sind fast alle Privatrechte, aber auch gewisse öffentliche Rechte, insbesondere des einzelnen, verfechtbar. Endlich gibt es Rechte, für welche weder rechtliche Schutzformen bestehen, noch Selbsthilfe zulässig ist, und deren Beachtung durch ideelle Faktoren allein, wie die öffentliche Meinung, das persönliche Gewicht des Berechtigten 2c. sich behaupten. Man denke z. B. an die Rechte der Monarchen, an die Reservatrechte Deutscher Bundesstaaten gegenüber dem Reich 2c. Sie beleuchten hell die Wahrheit des Satzes, daß nicht äußerer Zwang sondern Anerkennung der Geltungsgrund des Rechts wie aller anderen Arten von Normen ist. Vgl. Teil I S. 19ⁿ u. 32.

§ 3. Rechtssubjekt. Rechtsobjekt.

A. Rechtssubjekt, auch Rechtsträger, Rechtsinhaber ist wer subjektive Rechte hat oder haben kann. Rechtsobjekt ist alles, worauf ein Recht gerichtet sein kann. Evident ist die Denknotwendigkeit beider Begriffe: im Begriff des Rechts ist uneliminierbar der des Interesses enthalten, und ein solches ist weder ohne interessierte Persönlichkeit noch ohne Gegenstand des Interesses denkbar. Auch aus dem anderen Element des subjektiven Rechts, dem Element der Macht sind beide Begriffe mit Notwendigkeit zu erschließen (Machthaber und Machtobjekt); also kein Recht ohne Gegenstand, keines ohne Berechtigten.

B. 1. Die Rechtssubjekte (Personen) sind teils Einzelpersönlichkeiten, teils Verbandspersönlichkeiten. Einzelpersönlichkeit ist der rechtsfähige Mensch. Verbandspersönlichkeiten[1]) sind Korporationen, Anstalten und Stiftungen. Korporationen sind Personengesamtheiten (Vereine, Genossenschaften), Anstalten sind öffentliche Einrichtungen, Stiftungen sind nützlichen Zwecken nicht öffentlicher Natur gewidmete Einrichtungen. In Korporationen sind die Interessenten aktiv an der Leitung des Ganzen beteiligt, in Anstalten und Stiftungen haben sie eine bloß passive Stellung als „Destinatäre“ [2]) [3]). Man unterscheidet Verbandspersönlichkeiten privaten und öffentlichen Rechts, je nachdem sie bloß privaten oder öffentlichen Zwecken dienen. Das oft verwandte Kriterium, die ersteren besäßen bloß auf dem Gebiet des Privatrechts, letztere außerdem auf dem des öffentlichen Rechtes Rechtsfähigkeit, liefert keine saubere Unterscheidung; denn einmal ist Rechtsfähigkeit an sich öffentlichen Rechts (vgl. S. 28 ff.), alsdann kann eine private Verbandsperson z. B. eine Aktiengesellschaft Konzessionen und dergl. öffentliche Rechte erwerben. Aber die öffentlichen Verbandspersonen sind zur Durchführung ihrer Zwecke mit staatlicher Herrschgewalt (imperium) versehen — der Staat mit eigener, die ihm unterstellten mit vom Staate hergeliehener —, ihre Rechtssubjektivität auf dem Gebiet des öffentlichen

---

[1]) „Verbandspersönlichkeit ist die Qualität eines menschlichen Verbandes als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes Rechtssubjekt“ (nach Gierke). Mit allen möglichen Rechten und Pflichten können die Verbandspersönlichkeiten ausgestattet sein, nur mit solchen nicht, denen allein die Einzelpersönlichkeit ihrem Wesen nach gerecht wird (z. B. Familienrechte: ein Staat, eine Gemeinde, eine Universität, eine Aktiengesellschaft können keine Ehe eingehen), sie können dieselben auch geltend machen, vor allem klagen und verklagt werden.

[2]) Die Destinatäre sind nicht einmal immer Menschen. In der Rechtsliteratur sind die Gnadenbrotstiftungen für „den Jagdhund Tiras“ und „die Stute Bellona“ berühmt geworden.

[3]) Häufig finden sich Mischformen von Korporation und Anstalt.

Rechts ist (ganz oder teilweis) die eines herrscherlichen, die der privaten Verbände bloß diejenige eines untertanen Subjekts. Anstalten sind immer Verbandspersönlichkeiten des öffentlichen, Stiftungen stets nur solche des privaten Rechts [1]), Korporationen gibt's private (allerhand Vereine mit Rechtsfähigkeit, ferner die 3 Verbandspersönlichkeiten des Handelsrechts, vgl. S. 104) und öffentliche. Unter ihnen ragen hervor die Gebietskörperschaften [2]), welche auf ein bestimmtes Territorium als ihr Gebiet radiziert sind. D. h. dieses Gebiet ist Schauplatz ihres Imperium, ein dingliches Recht (etwa Eigentum) der Körperschaft am Gebiet besteht nicht, das Gebiet ist integrierender Teil ihrer Persönlichkeit, es wird geradezu zum principium individuationis: wenn die Bevölkerung eines Staats oder einer Gemeinde [3]) mit ihren Behörden ihr Gebiet aufgibt und ein anderes aufsucht (das „Trekken" der Buren), so ist nicht etwa das alte Gemeinwesen bestehen geblieben, sondern ein neues ist erstanden. Unter den Gebietskörperschaften ist der Staat außer staats- und privatrechtlicher Persönlichkeit (in letzterer Eigenschaft heißt er „Fiskus") auch noch völkerrechtliche Persönlichkeit. Die Mitglieder der Korporationen brauchen nicht durchaus Einzelpersönlichkeiten zu sein, vielmehr können auch Unterkorporationen und Anstalten als „Gliedpersonen" auftreten.

---

[1]) Den Stiftungen eigentümlich ist auch, daß sie Vermögen (das „Zweckvermögen") haben müssen, was bei Anstalten und Korporationen unnötig.

[2]) Gegensatz die Personalkörperschaften i. w. S. als: Innungen, Deich-, Wald-, Wasser- und Fischereigenossenschaften, Feuersozietäten, Berufsgenossenschaften, Knappschaftsvereine, Krankenkassen 2c. Unter diesen stehen den Personalkörperschaften i. e. S. die Realkörperschaften gegenüber, bei denen die Mitgliedschaft an den Besitz eines Grundstücks geknüpft ist.

[3]) Die Gebietskörperschaften zerfallen in a) den Staat, b) innerstaatliche Verbände. Dies sind α) Gemeinden (Kommunen), β) Kommunalverbände d. h. aus mehreren Gemeinden oder Kommunalverbänden bestehende Verbände als Kreise und Provinzen. Der Sprachgebrauch schwankt, insofern Kommune und Kommunalverband synonym gebraucht werden.

2. Die Menschen, deren sich die Verbandspersönlichkeit als Werkzeuge zur Äußerung ihres Willens, mit dem sie in die Rechtswelt eingreift, bedient, heißen ihre Organe. (Monarch bezw. Präsident, Kammern, Staatsbeamte in Staaten, Vorstände, Bürgermeister, Magistrate ꝛc. in Gemeinden, Vorstände, Notabeln- und Generalversammlungen in sonstigen Korporationen, Direktoren, Kuratoren u. dergl. bei Anstalten und Stiftungen.) Man sagt: die Repräsentation einer Verbandspersönlichkeit erfolgt durch ihre Organe. Aber Repräsentation ist keine Stellvertretung. Wenn A den B vertritt, so sind 2 selbständige, jede für sich willensbegabte Persönlichkeiten vorhanden; ist aber A Organ des Verbandes B, so ist nur eine Persönlichkeit da, nämlich die des Verbandes. Nicht A handelt, wenn er in seiner Eigenschaft als Direktor des Verbandes B etwa eine Schuld aufnimmt, sondern durch ihn der Verband: die Verbandspersönlichkeit kann ja überhaupt gar nicht anders tätig werden als durch ihre Organe. Ein Stellvertreter unterscheidet sich von dem Organ einer Verbandspersönlichkeit gerade so weit wie ein selbständig wollendes und handelndes Wesen von einem bloßen Werkzeug. („Werkzeug" = ὄργανον.) Daher kommt Organen als solchen nie Persönlichkeit zu, haben insbesondere die öffentlichen Organe, die Behörden (des Staats, der Kirche, der Kommunalverbände) nie Personencharakter. Die Person, von welcher Gesetze, landrätliche Verfügungen, Rechtssprüche ausgehen, ist niemals der Monarch, das Parlament, der Landrat, das Gericht, sondern immer nur der Staat. Nicht jene, sondern dieser wird durch die genannten Willensäußerungen, die die seinigen sind, berechtigt und verpflichtet [1]).

---

[1]) Über einen engeren Repräsentationsbegriff vgl. S. 161 Anm.

3. Wie die Organe eines lebenden Körpers, so sind auch die Organe eines Verbandes die Träger seiner Funktionen. Und wie bei jenem die Organe und Funktionen der Sinne, des Stoffwechsels, der geschlechtlichen Betätigung u. s. w., so werden auch bei diesem verschiedene Funktionen und die ihnen zugeordneten Organe unterschieden. Am besten läßt sich die Funktionenlehre natürlich am ausgebildetsten Verbande, dem Staate studieren. So hat Aristoteles bezüglich der Staatsfunktionen die berühmte Trias politica aufgestellt, umfassend die 3 Funktionen: Gesetzgebung (τὸ βουλευόμενον), Rechtsprechung oder Justiz (τὸ δικαζόμενον) und Verwaltung oder Exekutive (τὸ περὶ τὰς ἀρχάς). Also: Normenschaffung, Normendurchführung und freies („diskretionäres") Handeln zur Verwirklichung der Verbandszwecke gemäß den Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten des einzelnen Falles, das sind die 3 das Leben eines Verbandes ausmachenden Tätigkeiten, und es sind allgemeingültige soziale Kategorien. Jeder kleinste Verein verwaltet nicht bloß, er setzt sich auch Statuten, und diese Statuten sind natürlich dazu da, daß sie gegebenen Falles angewendet, daß Fälle nach ihnen interpretatorisch beurteilt werden — insofern findet sich auch allenthalben ein Rudiment justizieller Tätigkeit. Die Organe der Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung neigen ihrer Struktur nach zu verschiedenen Formen: die ersten treten — so zeigt die historisch-vergleichende Forschung — gern als vielköpfige Versammlungen (Volksversammlungen, Parlamente, Generalversammlungen), die zweiten in der der kollegialen [1]) Behörde (Kammern, Senate, Geschwornenkollegien der Ge-

[1]) Mit Stimmrecht der Mitglieder, so daß ein etwaiger Vorsitzender nur primus inter pares.

richte; Ehrengerichte ꝛc.) und die letzten in der der **bureaukratischen**[1]) Behörde auf. Aber das sind, wohlgemerkt, nur soziale Betrachtungen und die hier behandelten Zweige der trias politica soziale, nicht rechtliche Kategorien. Jedoch es treten, da auch die Rechtsordnung notwendig über sie Bestimmungen trifft, den sozialen (auch „materiellen") Begriffen der Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung rechtliche (auch „formelle") Begriffe derselben gegenüber. Von ihnen ist in der allgemeinen Staatslehre zu handeln. Hier ist nur darauf hinzuweisen: Die soziale Tatsache, daß jeder Verband in seinen Funktionen ein Miniaturbildchen des Staates darstellt, wird vom Recht in gewissem Grade ignoriert. Wird sie in die Rechtsbetrachtung kritiklos hineingetragen, so stiftet sie Verwirrung. Der moderne Staat hat die Gesetzgebung (ebenso die Justiz) für sich monopolisiert, es gibt also nur **staatliche** Rechtssetzung, selbst die Statuten der Gemeinden sind nicht Rechtssätze[2]), sondern nur rechtsgeschäftliche Bestimmungen[3]), und ihr Erlaß ist nicht Gesetzgebung, sondern Verwaltung im Rechtssinn (oder „i. form. Sinne" S. 161 f.).

Es kommt vor, daß ein Verband selbst Organ eines übergeordneten Verbandes ist. Er muß dann neben den Angelegenheiten seiner eigenen Verwaltung noch Angelegenheiten des anderen besorgen. Man kann diese Tätigkeit im Gegensatz zu der **Eigenverwaltung** des untergeordneten Verbandes wohl „Fremdverwaltung" oder „dienstbare Verwaltung" nennen. So dienen in den modernen Staaten vielfach die Gemeinden, vielfach aber auch bloß die Gemeindeorgane als solche. In den

---

[1]) Mit einseitigem Bestimmungsrecht eines vorgesetzten Leiters.

[2]) Außer soweit der Gemeinde vom Staat Autonomie verliehen ist.

[3]) Vor allem findet also auf sie der Satz iura novit curia keine Anwendung; d. h. die Gerichte brauchen sie nicht von Amts wegen zu kennen bezw. zu ermitteln.

Rahmen ihrer Fremdverwaltung (dienstbaren V.) fällt auch die sogen. Selbstverwaltung, die also mit der Eigenverwaltung, mit der sie nichts zu tun hat, nicht verwechselt werden darf. (Näheres S. 162[4].) Übrigens sind die Gemeinden — und das verleiht ihnen ihren eigentümlichen Charakter als bedeutungsvolle öffentliche Verbände — für die öffentlichen Angelegenheiten ihrer Eigenverwaltung (z. B. betr. Gemeindeabgaben) vom Staate mit Imperium beliehen. (Soweit sie Staatsorgane sind, im Bereich der dienstbaren V., üben sie solches ja selbstverständlich.)

4. Man hört die Verbandspersonen meist als „juristische Personen", im Gegensatz dazu die Einzelpersönlichkeiten als „natürliche Personen" bezeichnen. So sehr diese Terminologie auch die herrschende ist, so ist sie doch unbedingt zu verwerfen, weil sie einen fundamentalen Irrtum aufrecht erhält, der geradezu das Hauptportal zur tieferen Erkenntnis vom Wesen des Rechts verrammelt. Er besteht in der Lehre, dem Menschen komme von Natur Rechtspersönlichkeit zu, die Verbandspersönlichkeit aber sei etwas ganz Wesenloses, eine bloße Fiktion, ein der Realität entbehrender Schemen, ein Begriff, den man aus rein breviloquistischen Rücksichten künstlich erdacht habe.

In Wahrheit ist gerade die Verbandspersönlichkeit das ursprüngliche. Verbandspersönlichkeiten hat eigentlich jede Zeit anerkannt. Die Inanspruchnahme der Persönlichkeit für den Menschen kraft seiner Qualität als solchen ist dagegen eine schwer erkämpfte Errungenschaft moderner Humanität. Menschen ohne Rechtspersönlichkeit — Sklaven — hat es auch in der Kulturwelt noch 100 Jahre nach der Zeit gegeben, da der Sang von den angeborenen Menschenrechten zu seinen höchsten Tönen sich aufschwang.

Blicken wir aber in die Zeiten der Vorkultur: da ist, wer nicht einem anerkannten Verbande zugehört, rechtlos; Rechte haben, ins Rechtsleben eingreifen, Rechtsschutz genießen kann nur, wer sich als Mitglied eines solchen dartut: und andererseits: was ein solcher rechtsbegabter Mensch tut, tut der Verband, dem er sich beizählt: was er erwirbt, tritt ins Kollektiveigentum des Verbandes, was er schuldet und verschuldet hat, fällt zu Lasten seines Verbandes, gegen diesen insgesamt wird von dem Verletzten — vielmehr von dessen Verbande, denn auch passiv getroffen wird im einzelnen stets der Verband — eventuell die Blutrache mobil gemacht[1]). Man sieht: was jemand tut, wird ihm jener Zeit stets nur als dem Gliede — man kann selbst kecklich sagen Organe — seines Verbandes angerechnet, die gesamte Beachtung seiner Willensäußerungen hat ihre Quelle in der Anerkennung des Verbands, von dem er ein Teil ist, und wenn zu solchen Zeiten Jurisprudenz möglich wäre, so würde diese Jurisprudenz sicher nur die Verbandspersönlichkeit als etwas Reales anerkennen und die Einzelpersönlichkeit ins Reich der Fiktionen verweisen[2]).

Aber dieser naive Kollektivismus dauert nirgends, und um die Zeit, da wissenschaftliche Überlegung sich auf das Recht hinwendet, pflegt ein doktrinärer Individualismus die Herrschaft zu gewinnen. Ihm mischen sich, da der jung erwachten Spekulation die rein positive Natur des Rechts niemals genügen will, naturrechtliche Ideen. Und gerade den Römern, deren Scharfsinn die Willensnatur alles Rechts so wunderbar früh aufgegangen ist, erscheint so nichts selbstverständlicher als die Schlußkette: Rechte

---

[1]) Vgl. zu all dem Teil I S. 41, 47 u. 62f.

[2]) Beachte aber Anm. 2 Teil I S. 34, welche eine für diese Ausführung nötige Einschränkung birgt.

sind von Natur nur wollenden Wesen eigen, ein wollendes Wesen kann aber nur etwas sein, was Willensvermögen und den Träger des Willensvermögens, eine Seele, eine organisch-lebendige Psyche besitzt. Also Tiere, soweit das Seelenleben der Tiere reicht[1]), und vor allem der Mensch. Aber eine Menschenzahl, ein Verein etwa, hat der für sich eine Seele? Eine Seele, die ins Rechtsleben eingreifen, die fruchtbare oder auch schädigende Entschlüsse fassen kann? Kann eine Kleinkinderbewahranstalt eine Urkundenfälschung begehen und eventuell deswegen vor den Strafrichter kommen? Kann eine Stadtgemeinde Arglist üben — quomodo municipia dolo facere possunt — fragt Ulpian in unbewußter Satire gegen die Menschennatur — scheint er doch im Gegensatz zu Goethe in der Fähigkeit, das Böse zu wollen, das zu sehen, was uns von allen Wesen, die wir kennen, unterscheidet. Mit diesen Worten hat er den Grund zu der noch nicht gebrochenen Herrschaft der Fiktionstheorie gelegt. Aber in diesen Worten liegt eben auch die denkbar gründlichste Konfusion, das Urbild des methodischen Synkretismus. Es sind durcheinandergeworfen die psychologische Frage, wie die Fähigkeit zu wollen überhaupt, und die juristische, wie die Fähigkeit, rechtlich beachtlichen Willen zu haben. zu erklären sei. Letztere ist niemals anders zu begründen als durch Rechtssatz. Man mag psychologisch und physiologisch noch so tief ergründen, wie die Willensvorgänge im einzelnen zustande kommen, oder selbst, wie sie eine Mehrheit von Menschen in gleicher Richtung erregen; man wird niemals in dieser Gedankenkette auf den Schluß kommen, daß der Träger eines psychologisch irgend wie gearteten Willens, sei derselbe auch noch so

---

[1]) Sowohl das ältere römische wie deutsche Recht u. v. a. kennen Tierverbrechen, Tierstrafen- und -prozesse.

entwickelt, deshalb Rechtssubjekt sein müsse. Wer rechtlich beachteten Willen, rechtliche Persönlichkeit haben soll, das bestimmt ein für alle Mal nur die Rechtsordnung, sie kann dem einzelnen die Persönlichkeit ebenso gewähren und versagen wie den Verbänden. Die Persönlichkeit des einzelnen ist nie „natürlich", sie ist genau ebenso „juristisch" wie die der Verbände, sie ist es ihrem Wesen nach. Man darf einmal die verschiedenen wissenschaftlichen Methoden nicht vermengen. Persönlichkeit ist ein Begriff, der der Naturwissenschaft fremd ist; da gibt es keine Subjekte, sondern bloß Objekte: Persönlichkeit ist beachtliches Wollen, gewährleistetes Interesse; man muß da stets fragen: kraft wessen beachtlich, wodurch gewährleistet? Und stets kann die Antwort nur lauten: gewährleistet und beachtlich innerhalb einer sozialen Ordnung, einer durch Normen organisierten menschlichen Gesellschaft kraft dieser Normen. Also nirgends in der Natur, sondern nur im sozialen Leben, daher auch nirgends in der Naturwissenschaft, sondern nur in den Normwissenschaften, nicht als theoretischer, sondern als praktischer Begriff kommt der Begriff der Persönlichkeit (des Subjektes) vor[1]). Mit klarem Blick, seinen Zeitgenossen weit vorauseilend, hatte Pufendorf dies erkannt; und, dem noch heute vielfach in Übung befindlichen ungenauen Sprachgebrauch folgend, der alle sozialen Normen (Recht, Sittlichkeit, Sitte) unter dem Namen Moral umfaßt, nannte er die Personen — freilich pleonastisch — „moralische Personen" und die teilte er in persona moralis simplex und persona moralis composita. Gierke hatte nur nötig, diese Bezeichnungen mit Geschmack ins Deutsche zu wenden, um die heutigen Namen „Einzelpersönlichkeit" und „Verbands-

---

[1]) Genau dasselbe gilt von dem Begriff der Handlung. Vgl. S. 135 Anm. 4 und Teil I Anm. auf S. 14.

persönlichkeit“ zu gewinnen. Aber die nach Pufendorf kamen, verkürzten verständnislos seinen Sprachgebrauch und nannten die erste „Person“ schlechthin oder physische, bezw. natürliche Person, die andere „moralische Person,“ kaum anders als der heutige Student von physischem und moralischem Kater spricht [1]). Schließlich tadelte Savigny den Ausdruck „moralische“ P. für rechtsfähige Verbände und meinte, man müsse doch, da ihre Bedeutung ganz auf dem Rechtsgebiet liege, „juristische Person“ sagen, womit er für das 19. Jahrhundert Schule machte.

Diese mißverständliche Terminologie ist denn auch der Ausdruck der Auffassung der Verbandspersönlichkeit als bloßer Fiktion, weil ihr konsequent die Einzelpersönlichkeit als „natürliche“ an die Seite gestellt wird. Im Vorhergehenden dürfte die Realität der Verbandspersönlichkeit genügend gestützt sein. Sie wird übrigens auch noch durch die Tatsache anschaulich, daß die Verbände eigene Interessen haben. Denn die Verbandsinteressen lassen sich nicht restlos auf die Interessen einzelner reduzieren. Die Verbände überdauern die Mitglieder; da wird für künftige Generationen gearbeitet, und der Staat kann im Kriege von dem einzelnen die völlige Aufopferung seiner Persönlichkeit verlangen.

Also die Verbandspersönlichkeit (sei es die juristische, moralische oder welchem Normengebiet immer angehörige)

---

[1]) Die Ausdrücke „moralische P.“ und „jur. P.“ erscheinen brauchbar, insofern man mit ihnen die im Rechtsnormengebiet und die im Sittlichkeitsnormengebiet anerkannte Persönlichkeit unterscheiden kann. Interessiert den Juristen auch nur die erstere, so ist der Begriff der letzteren doch keineswegs von der Hand zu weisen. Sie ist ebenso wie jene nicht blos Menschen, sondern auch Verbänden eigen. Es ist nicht allein rechtlicher Zwang, der den Soldaten an sein Regiment, den Bürger an sein Vaterland, den Gläubigen an seine Kirche bindet.

ist der adäquate Ausdruck wichtiger sozialer Tatsachen, deren mitunter sehr fühlbare Realität hinter der der Naturtatsachen nicht zurücksteht. Man braucht nicht zu fingieren, die Verbände seien etwas wie ein Mensch, um ihre Persönlichkeit zu rechtfertigen; und wenn man gleichwohl diese Fiktion vornimmt, so hat man nichts davon, da mit der biologischen Tatsache, daß jemand ein Mensch ist, die Tatsache, daß er eine Persönlichkeit habe (juristische, moralische oder dergl.) in keinem notwendigen Zusammenhange steht.

C. **Rechtsobjekte** sind alle Gegenstände, auf welche die Rechte sich beziehen, also alle konkreten Dinge dieser Welt mit Ausnahme der Rechtssubjekte selber; alles, woran man ein im Verhältnis zu anderen relevantes Interesse haben kann, die gesamte Welt der äußeren Güter. Und zwar sind es nicht bloß die Sachgüter, die körperlichen Gegenstände (die **Sachen** im eigentlichen Rechtssinn vgl. S. 58), sondern auch unkörperliche als Handlungen, Leistungen. Leistungen sind die Gegenstände aller Forderungsrechte. Selbst Rechte können wieder Gegenstände von Rechten sein. So kennt das Privatrecht Pfandrechte an Forderungen. Jedoch auch das kann natürlich Gegenstand meines Interesses sein, daß ich selber bestimmte Handlungen ungehindert ausführen, in bestimmter Weise wirksam werden, mich betätigen kann: so gelangen auch die Statusrechte zu ihren Objekten, während einst Bekker glaubte, ihrer ein Anzahl als „objektlose Rechte" ansprechen zu sollen. „Gegenstand eines Rechts" ist eben einfach gleich zu setzen mit „Inhalt eines Rechts". Der entgegenstehende Sprachgebrauch ist kein in logischer Beziehung triftiger Hinderungsgrund. Eine ausgiebige Theorie der Rechtsobjekte ist übrigens nur im Privatrecht entwickelt.

§ 4. Rechtsverhältnis. Rechtsbegriff. Rechtsinstitut.

(Die methodischen Rechtskategorien.)

1. Rechtsverhältnisse sind rechtlich geordnete Beziehungen zwischen Personen[1]). Die juristische Denknotwendigkeit des Begriffs „Rechtsverhältnis" ruht in der Eigenschaft des Rechts als sozialen Normensystems: ein Robinson kann weder eine Rechtsordnung noch ein subjektives Recht haben. Das subjektive Recht kann nicht anders gedacht werden, denn als eine Seite der gegenseitigen Beziehung beider Parteien, des Rechtsverhältnisses. Meistenteils ist das Rechtsverhältnis dergestalt kompliziert, daß auf beiden Seiten Rechte und entsprechende Pflichten sich befinden. Die exakte Feststellung eines jeden subjektiven Rechts fordert gebieterisch, daß man die entsprechende Pflicht scharf ins Auge fasse, sehr häufig ergibt die richtige Begrenzung des subjektiven Rechtes sich erst, wenn man die dem Sinne nach identischen Fragen: „Was kommt dem Berechtigten zu?" und „Was kann dem Verpflichteten zugemutet werden?" in der Betrachtung sondert, wie es ja auch im Rechtsleben der Regel nach geschieht. Dabei hat man die Berechtigung und Verpflichtung wieder an den übrigen Rechten und Pflichten zu messen, welche eventuell in dem Rechtsverhältnis enthalten liegen: die wissenschaftliche Ermittelung der subjektiven Rechte, das praktische Ziel der Jurisprudenz, ist notwendig angewiesen auf die Durchdringung der Rechtsverhältnisse; eine jede Befugnis, eine jede Pflicht dient ihrem Zwecke nach dem Gesamtzwecke des Rechtsverhält-

---

[1]) Methodologisch genauer: Rechtsverhältnis ist die durch Abstraktion gewonnene Sondergemeinschaft, in welche 2 oder mehr Personen, die einander durchkreuzende Interessen haben, zwecks rechtlichen Ausgleichs dieser Interessen hineingedacht werden.

nisses, sie greifen ineinander und grenzen doch einander ab. Der so gekennzeichneten Struktur der Rechtsverhältnisse gesellt sich ihr Werden und Vergehen, sie erfahren Stadien der Entstehung, der Abänderung und der Endigung[1]). Savigny hat aus diesen Gründen das Rechtsverhältnis etwas Organisches genannt. So wie aber das Rechtsverhältnis in der Wirklichkeit des Rechtslebens Wandlungen erfährt, so kann man es natürlich auch gedanklich nach allen Richtungen hin variieren: ein hoch wichtiges Hilfsmittel rechtswissenschaftlicher Analyse.

2. Vom Rechtsbegriff ist das Wesentliche mitgeteilt. Es wurde insbesondere seine Bedeutung für die Scheidung des materiellen vom formellen Recht hervorgehoben (Teil I S. 52) und in ihm der Angelpunkt aller Rechtswissenschaft festgestellt (Teil I S. 52 u. 127). Damit ist er seinen Hauptzügen nach durchaus gekennzeichnet.

3. Rechtsinstitut — bisher noch immer ein heiß umstrittener Begriff, wiewohl Savigny der richtigen Erfassung nahe war — ist ein Synonymum für Rechtsbegriff, welches aber dem dem Rechte innenwohnenden Zweckmoment einen starken Ausdruck gibt. Im Rechtsbegriff ist dieses bekanntlich verblaßt (vgl. Teil I S. 59), will man ihn wieder hervortreten lassen, so spricht man vom „Rechtsinstitut“. Rechtsinstitute sind eben die Einrichtungen, welche die Rechtsordnung setzt, um den Anforderungen, den Zwecken des sozialen Lebens zu genügen. Deshalb können wir von den Rechtsbegriffen der Hypothe der Ehe, der Vormundschaft u. s. w. auch sprechen als

---

[1]) Ganz wie die subjektiven Rechte. Man gelangt sachlich zu identischen Ergebnissen, ob man die näheren Ausführungen über Entstehung, Abänderung und Endigung bezüglich der subjektiven Rechte oder der Rechtsverhältnisse durchführt. (S. 36 ff.)

von den Rechtsinstituten der H., der E. der V., nicht aber kann man die Rechtsbegriffe des Totschlags, der Urkundenfälschung, der Notzucht, der Schuld, der Beihilfe als Rechtsinstitute bezeichnen, dagegen ist wieder die Strafe ein solches und ebenso sind es die für die eben genannten strafrechtlichen Begriffe festgesetzten Behandlungsweisen. Der Begriff „Rechtsinstitut" ist von hoher wissenschaftlicher Bedeutung.

Es sei insbesondere an das Gesetz von der historischen Differenzierung der Rechtsinstitute und an das Gesetz vom Zweckwandel in den Rechtsinstituten erinnert, welche beide Spezialanwendungen des Gesetzes von der Heterogonie der Zwecke sind, endlich daran, daß die vergleichende Rechtswissenschaft, die ihrerseits einen neuen Antrieb zur Beachtung des Zweckes im Recht geschaffen hat, die Vergleichung der Rechtsinstitute bei den verschiedenen Völkern ist (Teil I S. 45 und 194ff.).

II. Buch.

Privatrecht.

Erster Abschnitt.

Das bürgerliche Recht[1])[2]).

[1]) Quelle des bürgerlichen Rechts ist in erster Linie die große Privatrechtskodifikation des deutschen Reiches: Das Bürgerliche Gesetzbuch (B. G. B.) von 1896 nebst Einführungsgesetz mit der Grundbuchordnung und dem Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von 1897. Dieselbe ist in Geltung seit dem 1. Januar 1900. Reichsgesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1898. Außerdem verschiedene Reichs- und zahlreiche Landesgesetze, da gewisse nebensächliche Teile des bürgerlichen Rechts noch der Landesgesetzgebung vorbehalten sind. (Siehe Einführungsgesetz zum B. G. B.)

Was die älteren Quellen anbetrifft, so sind das Gemeine Recht, das Preußische Allgemeine Landrecht und der Code Napoléon zu nennen.

[2]) Für Leser, die sich weiterhin mit dem Rechte zu beschäftigen wünschen, empfiehlt es sich, die in billigen Ausgaben stets leicht erhältlichen wichtigsten Gesetztexte als: Bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch, die Prozeßordnungen, das Strafgesetzbuch, sowie die Reichs- und die Preußische Verfassung neben der Lektüre dieses Bändchens sich a prima vista zur Anschauung zu bringen.

§ 5. Allgemeiner Teil.

1. Das moderne System des bürgerlichen Rechts umfaßt fünf Hauptabschnitte:

der Allgemeine Teil unterstellt die Grundbegriffe den Prinzipien der betreffenden Kodifikation;

das Sachenrecht regelt die direkte Herrschaft der Personen über die Sachen;

das Obligationenrecht oder Recht der Schuldverhältnisse bestimmt, inwiefern eine Person einer anderen zu einer Leistung verpflichtet sein könne;

das Familienrecht regelt die Stellung des Menschen seiner Familie gegenüber sowohl was die persönlichen Verhältnisse wie die Vermögensbeteiligung angeht;

das Erbrecht endlich bestimmt die Schicksale des Vermögens nach dem Tode seines Eigners.

2. Wir beginnen die Darstellung des allgemeinen Teiles, bezüglich der übrigen Grundbegriffe auf das in den §§ 1 bis 4 Gesagte zurückverweisend, mit dem Rechte der Person.

a) „Natürliche Person" (Einzelpersönlichkeit) ist (seit Abschaffung der Sklaverei) jeder Mensch. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt, die volle Handlungsfähigkeit aber tritt erst mit der Volljährigkeit, d. i. mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein. Die geminderte Handlungsfähigkeit weist verschiedene Grade auf. Vollkommen handlungsunfähig sind Wahnsinnige, wegen Geisteskrankheit Entmündigte und Kinder unter 7 Jahren. Ihre Willenserklärungen sind nichtig. Mit dem 7. Jahre beginnt sowohl eine beschränkte Deliktsfähigkeit (d. i. die Fähigkeit, sich durch unerlaubte Handlungen zu Schadenersatz zu verpflichten)[1]) wie auch eine beschränkte Geschäftsfähigkeit: es kann sich nämlich der Minderjährige, der dieses Alter erreicht hat, in einigen Beziehungen — z. B. soweit sein Taschengeld reicht — selbständig, sonst mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (d. i. Eltern oder Vormund) verpflichten.

---

[1]) Die Beschränkung besteht darin, daß, wenn der Minderjährige das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, er nur für solche Delikte haftet, bei deren Begehung er die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besaß. — Übrigens ist dem Minderjährigen zwischen 7 und 18 Jahren hinsichtlich der Deliktsfähigkeit der Taubstumme gleichgestellt.

Das gleiche Maß von Geschäftsfähigkeit besitzt, wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist. Aber nicht bloß durch Alter und Gesundheit wird die privatrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit des Menschen beeinflußt. Von hervorragender Bedeutung war früher das Geschlecht, heute hat man bis auf ganz unbeträchtliche Reste die letzten Benachteiligungen und Bevorzugungen in der Rechtsstellung des Weibes fallen lassen. Ebenso wirkte lange Zeit das religiöse Bekenntnis auf den privatrechtlichen status ein, indem namentlich die Juden teils zurückgesetzt (z. B. durch Ausschluß vom Erwerb von Grundbesitz), teils privilegiert (z. B. im Zinsrecht) waren; das moderne Recht hat diese Ungleichheiten beseitigt. Bezüglich des Standes vergl. Seite 33. Auch dieser war in älterer Zeit bedeutungsvoller als jetzt; geblieben sind u. a. die Bestimmungen über Ebenburt und Mißheirat in hochadligen Häusern. Desgleichen hat auch die Staats- und Gemeindeangehörigkeit fast allen privatrechtlichen Einfluß verloren; die rechtlichen Benachteiligungen der Fremden sind fast durchgängig aufgehoben. Noch immer dagegen ist die Ehre für den privatrechtlichen status fast eben so sehr wie für den öffentlichrechtlichen von Bedeutung; haben wir hierüber auch nicht mehr so detaillierte Bestimmungen wie die Römer und die mittelalterlichen Deutschen, so macht doch die völlige oder teilweise Entziehung der Ehrenrechte durch strafgerichtliches Urteil unfähig zum Vormund, Pfleger, zur Aufsicht über Handels- und Gewerbelehrlinge und deren Anleitung, zur Mitgliedschaft an gewissen Genossenschaften u. s. w. — Die Rechtsfähigkeit des Menschen endet mit seinem Tode. Verschollene können nach Ablauf bestimmter Zeit nach ihrem Verschwinden, die ihr

wirkliches Ableben zu annähernder Gewißheit erhebt, für tot erklärt werden. Das geschieht, damit der Anteil des Verschollenen an den Lebensgütern für die Lebenden frei werde.

b) „Juristische Personen“ (Verbandspersönlichkeiten) des Privatrechts sind zunächst natürlich alle öffentlichen Verbandspersönlichkeiten, insbesondere der Staat. (Er heißt als Privatrechtssubjekt „Fiskus“.) Von ihnen abgesehen können Subjekte des Privatrechts sein Vereine und Stiftungen. Vereine erlangen die Rechtsfähigkeit durch Eintragung ins Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. (Sogenannte „eingetragene Vereine“.) Die Regel wird durchbrochen bei solchen Vereinen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Sie erlangen die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung — soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmen. Solche reichsgesetzlichen Vorschriften sind nun aber in dem Maße vorhanden, daß die meisten und gerade die wichtigsten auf wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereine — nämlich die Handelsgesellschaften, soweit sie als Verbandspersönlichkeiten auftreten, vergl. darüber § 10 Nr. 5 — wieder durch Eintragung ihre Rechtsfähigkeit erlangen. Alle Vereine müssen sich natürlich den staatlichen Vorschriften über ihre Organisation u. s. w. anbequemen. — Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist außer dem Stiftungsgeschäfte von seiten des Stifters noch staatliche Genehmigung erforderlich[1]).

---

[1]) Zum Rechte der Personen im Privatrecht gehören auch die privatrechtlichen Persönlichkeits- oder Individualrechte, die man teilweise ihres Vermögenswertes halber — als welcher dem Begriff das Persönlichkeitsrecht durchaus nicht essentiell ist — auch Immaterialgüterrechte genannt hat. Diese Rechte, die wir des nähern aus methodischen Gründen bereits im Buch I Seite 35 gewürdigt, sind hier nur noch einmal kurz zu nennen: a) Namenrecht (B. G. B. § 12). Über b) privatrechtliche Zeichen-

3. **Sachen im Rechtssinne** sind nur körperliche Gegenstände. Man teilt die Sachen ein in: a) **bewegliche** (**Mobilien**) und **unbewegliche** (**Grundstücke, Immobilien**); b) **vertretbare** (**fungible**), d. h. solche, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (Obst, Getreide, Nägel u. s. w.) und **nicht vertretbare**; c) in **verbrauchbare** (res quae usu consumuntur), d. h. solche, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (Nahrungsmittel, Geld u. s. w.) und nicht verbrauchbare. Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit fällt in derselben Sache häufig, aber nicht prinzipiell zusammen. d) Mitunter werden mehrere Stücke auf einmal als eine Sache („**Sachgesamtheit**“, „**Sachinbegriff**“) gefaßt, z. B. eine Herde, oft selbst ein ganzes Vermögen[1]. e) **Früchte** (fructus) sind die Erzeugnisse einer Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird (z. B. außer Feld- und Baumfrüchten Milch und Junge von Tieren, Steine aus einem Steinbruch u. s. w., auch Zinsen von einem Kapital: im Gegensatz zu den vorgenannten fructus naturales „fructus civiles“ geheißen). f) Bestandteile von Sachen, die nicht ohne zerstörende Wirkung — gleichgültig ob für die des Bestandteiles beraubte Sache oder für den Bestandteil selbst — entfernt werden können, sogenannte „**wesent-**

---

rechte als: **Firmen- und Warenzeichenrecht** vergl. Seite 35. c) Die **Rechte an Geisteserzeugnissen** („Immaterialgüterrechte“; irreführend: „geistiges Eigentum“) als: **Urheberrechte** (an Schriftwerken, Werken der Tonkunst und bildenden Kunst, an Photographieen, an Geschmacks- und Gebrauchsmustern) und **Erfinderrecht** (Patentrecht).

[1] Letzteres hat die Wirkung, daß beim Übergang des Vermögens als Ganzen mit den Sachen alle daran haftenden Rechte und Pflichten: Aktiva und Passiva dem Rechtsnachfolger anheimfallen; man spricht hier von „**Universalsuccession**“ (im Gegensatz zur „**Singularsuccession**“, der Nachfolge in individuell bestimmte Rechte). Dieselbe ist z. B. beim Kauf eines Gutes, eines Handelsgeschäftes, besonders aber bei der Erbfolge die Regel. Vergl. Seite 95.

liche Bestandteile" können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. g) Zubehör (Pertinenz), d. h. bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind, (z. B. die Schlüssel eines Hauses; Werkzeugtasche und Laterne an einem Fahrrad u. s. w.), ist im Zweifel den auf die Hauptsache sich erstreckenden Rechtswirkungen mitunterworfen.

4. Der Rechtsgeschäfte Begriff und Einteilung ist bereits Seite 37 angegeben. Ihr Wesen liegt darin begründet, daß sie diejenigen Erscheinungen sind, in denen der menschliche Wille das Getriebe der Wirtschaft bewegt.

a) Nicht immer freilich gebären sie den beabsichtigten Erfolg, sie können vielmehr fehlerhaft, ungültig sein. Dies jedoch in verschiedenem Grade. Entweder sie sind nichtig (wie z. B. ein Grundstückskauf, der nicht schriftlich vereinbart ist); alsdann ist das Rechtsgeschäft, wie das Wort „nichtig" sagt, so gut als für die Rechtswelt von vornherein nicht vorhanden[1]). Oder sie sind nur anfechtbar (Beispiel vergl. S. 61); alsdann bestehen ihre Wirkungen, bis eine anfechtungsberechtigte Person das betreffende R.-G. mit Erfolg anficht. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Dringt die Anfechtung durch, so gilt das Geschäft als von vornherein nichtig. Verstreicht aber die vom Gesetze für die Anfechtung gesteckte Frist, ohne daß Anfechtung erfolgt, so ist der Bestand des Rechtsgeschäfts gesichert, es „konvalesziert", weil der Mangel „geheilt" ist. Solche Konvaleszenz kommt auch noch bei

[1]) Nichtig sind insbesondere alle unsittlichen, darunter speziell die wucherischen Rechtsgeschäfte.

anderweitigen, insbesondere selbst bei gewissen nichtigen Geschäften vor[1]).

b) Der Grundpfeiler aber, der das R.-G. trägt, und dessen Versagen es wankend macht (anfechtbar!) oder zum Zusammenbruch bringt (Nichtigkeit!) ist der zu grunde liegende Geschäftswille. Um wirken zu können, muß zunächst der Wille erkennbar gemacht sein, es bedarf also stets einer Willenserklärung. Diese muß deutlich[2]) sein und in der vom Rechte für sie vorgeschriebenen Form erfolgen, widrigenfalls sie ungültig ist. Die meisten Rechtsgeschäfte sind im modernen Recht an keine Form gebunden. Unter den Formen der Rechtsgeschäfte ist die wichtigste die Schriftform, die teils als private, teils als öffentliche auftritt. Letztere ist gefordert, wenn das betreffende R.-G. von einer öffentlichen Behörde (insbesondere einem Gericht) oder einem Notar beurkundet sein muß. Aber die vollendetste Formgerechtigkeit kann einer Willenserklärung nichts nützen, wenn der Erklärungswille (man sagt auch: der erklärte Wille) mit einem Fehler behaftet war. Folgendes sind die Fälle solcher Willensmängel: *α)* Nicht ernstlich gemeinte, z. B. aus Scherz, auf der Bühne, oder nur zum Schein abgegebene Willenserklärungen sind nichtig. *β)* Irrtum (error) in der Willenserklärung

---

[1]) Ist ein R.-G. a beabsichtigt und wegen irgend eines Mangels nichtig, die stattgehabten Willenserklärungen aber den für ein anderes R.-G. b bestehenden Erfordernissen gemäß, so wird wenigstens dieses aufrecht erhalten. Man redet hier von Konversion. Dieselbe entspricht der Tendenz des Privatrechts, dem Parteiwillen entgegenzukommen, „in favorem negotii" zu entscheiden.

[2]) Sie muß aber nicht ausdrücklich abgegeben werden, vielmehr genügt eine Handlung, aus der der Wille entnehmbar ist. Selbst ein unterlassen reicht mitunter aus; so trifft auch das Rechtssprichwort „wer schweigt, der billigt" (qui tacet, consentire videtur), für viele Fälle (aber nicht für alle!) Richtige. Oft liegt Willenserklärung „durch konkludente Handlung" vor.

berechtigt zur Anfechtung, wenn anzunehmen ist, daß die irrende Partei die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Sie muß aber dem Gegner den Schaden, den er eventuell davon hat, ersetzen, wenn dieser nicht selbst den Irrtum verschuldet hat. Anfechtungsberechtigt ist auch, wen *γ)* arglistige Täuschung (dolus) oder wen *δ)* widerrechtliche Drohung (Zwang, metus) zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßte.

c) Die Abgabe von Willenserklärungen — also der Abschluß von Rechtsgeschäften — kann auch durch Stellvertreter erfolgen. Die Vertretungsmacht ist entweder eine gesetzliche (wie die der Eltern eines Minderjährigen bezw. eines Vormundes), oder aber sie beruht auf Vollmacht. Dieselbe ist wohl zu unterscheiden vom Auftrag, dieser regelt als ein Schuldverhältnis (vergl. Seite 86) die Beziehungen zwischen dem Vertretenen (A) und dem Vertreter (B), das sogen. „innere" Verhältnis; nach der Vollmacht dagegen richtet sich das „Verhältnis nach außen hin", d. h. inwieweit der A durch die Rechtsgeschäfte, die B mit einem dritten C vornimmt, verpflichtet und berechtigt wird.

d) Vielfach heften sich den Rechtsgeschäften Nebenbestimmungen an. Besonders häufig sind *α)* Zeitbestimmungen, es wird z. B. für die Dauer eines Rechtsverhältnisses oder für die Vornahme einer Handlung eine Frist (tempus) oder für den Eintritt irgend welcher Rechtswirkung ein Termin (dies) gesetzt, und zwar sind dies teils von den Parteien beliebte („gewillkürte", teils aber auch gesetzliche Fristen und Termine (z. B. die Anfechtungs- und Verjährungsfristen.) *β)* Oft jedoch werden auch Rechtswirkungen an Bedingungen geknüpft (z. B. „ich kaufe diese Kuh, wenn sie bis zum 1. M-

anderes Geschäft als das vom Kläger behauptete eingegangen sein will (z. B.: „ich habe von dir gekauft, aber nicht unbedingt, „pure“, sondern mit einer Bedingung; diese Bedingung hat sich nicht erfüllt“), kann den Beweis vom Kläger erwarten; mißlingt der Beweis, so wird die Klage abgewiesen; erst nach erbrachtem Beweise muß sich der Beklagte zum Gegenbeweise herbeilassen. Negantis melior condicio. Actore non probante reus absolvitur. Dem Falle des Leugnens aber steht der gegenüber, daß der Beklagte eigene Gegenrechte geltend macht; dies ist die eigentliche Einrede (exceptio)[1]. Diese eigenen Rechte, die er behauptet, muß er seinerseits beweisen: excipiendo reus fit actor[2]).

Das wichtige Resultat des Rechtsweges ist, daß die Entscheidung schließlich (nach Nichtbenutzung oder Erschöpfung der Instanzen) rechtskräftig wird. Die Rechtskraft hat eine formelle (prozeßrechtliche) Seite: causa finita est, die Zwangsvollstreckung kann ihren Gang gehen. Sie hat aber auch eine materiellrechtliche Seite: Das Erkenntnis fixiert unabänderlich den Rechtszustand unter den Parteien, gleichviel ob es tatsächlich und rechtlich richtig ist oder nicht. Res iudicata ius facit inter partes oder: pro veritate accipitur. Es

---

[1]) Solche Einreden sind die der Verjährung (exc. praescriptionis), des nicht erfüllten Vertrages (exc. non — oder non rite — adimpleti contractus), des Retentionsrechts, der Aufrechnungsbefugnis (exc. compensationis,) der rechtskräftig entschiedenen Sache (exc. rei iudicatae). — Man darf sich nicht dadurch irre führen lassen, daß die Zivilprozeßordnung jede Einwendung als Einrede bezeichnet.

[2]) Verschiebungen erleidet die Beweislast teils durch den (mit großer Vorsicht anzuwendenden) Satz: negativa non sunt probanda, nach dem z. B. in der Regel der Beklagte die von ihm behauptete Zahlung seiner Schuld, nicht der Kläger die Nichtzahlung zu beweisen hat, teils durch Vermutungen (praesumptiones), welche entweder als tatsächliche Vermutungen in der Lage des Falles, teils als Rechtsvermutungen in gesetzlicher Vorschrift begründet sind. (So werden z. B. die von einer Ehefrau ..borenen Kinder kraft Gesetzes bis zum Beweise des Gegenteils als Kinder Ehemannes vermutet.)

kann nie wieder eine der Parteien aus dem abgeurteilten Rechtsverhältnis klagen; stets würde sie abprallen an dem ehernen Schilde der exceptio rei iudicatae, welche das Fundament der Rechtssicherheit, den Satz ne bis in idem aufrecht erhält. Auf dem Institut der materiellen Rechtskraft beruht auch vorwiegend der Wert der Feststellungsklage (vergl. oben Seite 63), indem in einem eventuellen späteren Prozeß wegen Leistung der Inhalt der Feststellung als res iudicata unangreifbar ist, die Feststellung wirkt „präjudiziell“.

---

§ 6. Das Sachenrecht.

1. Das System des Sachenrechts gliedert sich gemäß den Intensitätsgraden, welche die direkte Beherrschung der Sachen durch den Menschen aufweist. Man pflegt sie in absteigender Linie zu verfolgen, von der allerunmittelbarsten Sachbeherrschung, dem Besitz, bis zur abgeschwächtesten, wie sie den Reallasten und dem Pfandrecht zu grunde liegt, in welchen bereits der Übergang zum Obligationenrecht gegeben ist.

2. Der Besitz ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Sein ökonomischer Effekt besteht darin, daß er die Sache zum augenblicklichen Genuß (durch Benutzung oder Verbrauchung) bereit stellt. Ein Recht ist er nicht, sondern eben nur ein tatsächlicher Zustand, aber es knüpfen sich an ihn rechtliche Folgen, der Besitzer wird vom Rechte geschützt[1]. Er wird geschützt gegen jedwede

[1] Die Schutzmittel sind: a) Weitgehende Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht, d. i. jede widerrechtliche Störung oder Entziehung des Besitzes: Der Besitzer darf sich der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt

Besitzstörung und dies gleichviel mit welchem Rechte er die Sache hat, mag er sie gar als Dieb oder Räuber besitzen! Und selbst vor dem Eigentümer weicht dieser Schutz nicht zurück. Dieser in allen Rechten anzutreffende Schutz eines rein tatsächlichen Verhältnisses, sogar wenn es auf schreiendes Unrecht sich gründet, ist wohlgeeignet, Befremden zu erregen, und so ist denn der Besitzschutz Gegenstand einer ausgedehnten Rechtfertigungsliteratur [1]) geworden. Die Koryphäen moderner Zivilistik haben sich an dem Problem versucht. Ihering hat eine geistvolle, in die Tiefe leuchtende Erklärung gegeben, die jedoch das Ziel verfehlt. Abschließend hat endlich Dernburg die Sache aufgeklärt. Der Besitzschutz ist in hohem Grade Angelegenheit des allgemeinen Interesses, ein fundamentales Erfordernis der öffentlichen Sicherheit. Deshalb wirkt er auch gegen den Berechtigten. Wer besitze, ist dem gemeinen Wesen, dem Staate, ziemlich gleichgültig; daran aber liegt ihm, daß in Ruhe besessen werde [2]). Darum soll auch der des Besitzes beraubte Eigentümer nicht eigenmächtig vorgehen; er mag die Hilfe der Gerichte anrufen.

Besitzer einer Sache ist, wer sie in eigenem Interesse hat. Also einmal, wer zur Sache die Stellung eines Eigentümers in Anspruch nimmt. (Eigenbesitz). Dann aber auch solche Personen, die in sonstigem eigenen Interesse eine Sache haben als Mieter, Pächter, Nießbraucher, Pfandgläubiger, Entleiher u. a. m., oder sie,

---

wehren, eine ihm weggenommene Sache dem auf frischer Tat ertappten Täter gewaltsam wieder abnehmen, eines Grundstücks, dessen Besitz ihm entzogen wurde, sich sofort wieder bemächtigen. b) Es gibt gegen verbotene Eigenmacht zwei Klagen: α) auf Unterlassung von Besitzstörungen; β) auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes.

[1]) Vergl. Teil I Seite 165 f.

[2]) Vergl. Goethe, Dichtung und Wahrheit, 12. Buch, 43. Abs.

wie der Verwahrer, wenigstens selbständig verwalten. (Fremdbesitz.) In Fremdbesitzverhältnissen sind demnach zwei Besitzer vorhanden; man sagt hier, der Fremdbesitzer habe unmittelbaren, der Eigenbesitzer mittelbaren Besitz. Dagegen ist nicht Besitzer, wer nur für einen anderen eine Sache in Händen hat (bloße Innehabung, Detention), also Gesinde, Fabrikarbeiter, Handlungsgehilfen, Tagelöhner, die mit unserer Sache arbeiten, Hausangehörige, die unsere Sachen benutzen, Gutsinspektoren, Vizewirte u. s. w. Diese Personen (Besitzdiener, Besitzgehilfen) haben keinerlei Besitzrechte (wie sie kein eigenes Interesse haben), freilich aber können sie für den Besitzer die Besitzrechte (vergl. Seite 65, Anmerkung 1) ausüben. — Erwerb und Verlust des Besitzes erfolgt, dessen Natur gemäß, durch Erlangung bezw. Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Die Frage, wann diese Gewalt begründet oder vernichtet sei, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Die Erlangung findet oft durch Übergabe statt. Diese braucht aber nicht körperlich zu geschehen, bloße Einigung genügt.

3. Die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden bilden einen Grundpfeiler der gesamten sozialen Ordnung. Daher besteht ein besonderes Bedürfnis, diese Rechte kenntlich und durchsichtig zu erhalten. Diesem Bedürfnis dient das Grundbuchwesen. Ein jedes Recht an einem Grundstück, vom Eigentum bis zur Reallast, kann nur durch Eintragung bezw. Löschung im Grundbuch begründet, beendet, abgeändert oder mit einem weiteren Rechte belastet werden. Der Eintragung hat die Einigung der Parteien vorherzugehen. (Gerichtlich oder notariell zu beurkunden!) Als Grundbuchämter fungieren in Preußen 2c. die Amtsgerichte.

4. Dem Besitz als dem bloß tatsächlichen Gewaltverhältnis stehen gegenüber die eigentlichen Sachenrechte. Sie zerfallen in zwei Kategorien, deren eine bildet das Eigentum (proprietas), die andere die Rechte an fremder Sache (iura in re aliena). Deren statuierten die Römer vier: Dienstbarkeiten, Superfizies, Emphyteusis und Pfandrecht. Das Bürgerliche Gesetzbuch sechs: 1. Erbbaurecht. 2. Dienstbarkeiten. 3. Vorkaufsrecht. 4. Reallasten. 5. Die drei Grundstückspfandrechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld). 6. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, die also mit dem Eigentum „die sieben Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches“ ausmachen. Das deutsche Recht aber hatte so viele und so mannigfache dingliche Rechte ausgebildet, daß man einen numerus clausus gar nicht aufstellt. Einige von ihnen gelten noch (partikularrechtlich) und sollen, soweit von erheblicherer Bedeutung, auch hier Erwähnung finden.

5. a) Das Eigentum ist die vollständige rechtliche Herrschaft über eine Sache. Tatsächliche Gewalt gehört zum Eigentum nicht; was mir gestohlen und im Besitze des Diebes ist, bleibt darum doch mein Eigen. Der Eigentümer kann nach Belieben mit der Sache verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Bei Grundstücken gehört der Luftraum über und der Erdkörper unter der Erdoberfläche mit zur Eigentums sphäre. Doch leidet gerade das Grundeigentum an Beschränkungen teils durch die sogenannten Nachbarrechte, teils im öffentlichen Interesse[1]), endlich durch das Bergwergseigentum (S. 32).

---

[1]) Nachbarrechte: Der Grundstückseigentümer muß sich Immissionen vom Nachbargrundstück (d. i. Herüberströmen von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Geräusch u. s. w.) gefallen lassen, soweit sie den Gebrauch seines Grundstückes nicht erheblich beeinträchtigen. Beschränkungen im öffentlichen Interesse: Flußanlieger müssen den Leinpfad dulden, Eigentümer von Baugrundstücken sich den behördlichen Bauordnungen, Straßenplänen u. s. w. fügen u. s. w.

b) Dem Schutze des Eigentums dienen zwei Klagen: Die eine geht auf Beseitigung bezw. Unterlassung von Störungen (Eigentumsfreiheitsklage, actio negatoria), die andere ist die Klage auf Herausgabe der Sache, die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer (Eigentumsklage schlechthin, Vindikation, rei vindicatio).

c) Das Eigentum an einer Sache kann mehreren Personen zustehen (Miteigentum). Das Miteigentum weist zahlreiche Formen auf. Bei der wichtigsten Form stehen die Miteigentümer nebeneinander, d. h. sie sind nach Quoten (d. i. „Anteilen" in Bruchform) am Eigentum beteiligt[1]). Dies aber sind ideelle Anteile, partes indivisae, denn wären es reale Teile, d. h. Stücke, so wäre ja nicht ein Gegenstand und Miteigentum an ihm, sondern mehrere Gegenstände mit Einzeleigentum an jedem vorhanden. Verfügung über die ganze Sache oder ein Stück von ihr erfordert daher gemeinsames Handeln der Miteigentümer. Sowohl nun was das Recht am Anteil wie was die Verwaltung der ganzen Sache angeht, stellte das Römische Recht, seinem individualistischen Zuge[2]) folgend, die Zwecksphäre der einzelnen Teilhaber, das sozial veranlagte Deutsche Recht[2]) die gemeinsame in den Vordergrund. Beim römisch-gemeinrechtlichen Miteigentum (communio) kann demgemäß jeder über seinen Anteil frei verfügen (ihn veräußern oder verpfänden), auch jederzeit Realteilung verlangen[3]). Bezüglich der Verwaltung muß sich jeder

---

[1]) Vom „geteilten Eigentum", bei welchem die Eigentümer hintereinander stehen: Teil I Seite 89.

[2]) Vergl. Teil I Seite 116.

[3]) Man nennt das: Teilungsklage (actio communi dividundo) zwischen Miterben: actio familiae erciscundae, Erbteilungsklage. Das Teilungsverfahren vollzieht sich aber im Wege der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit als „Auseinandersetzung". Vergl. Seite 96.

über jede Maßregel mit allen anderen ins Einvernehmen setzen, da die eifersüchtige Rücksicht auf das Interesse des einzelnen nur von jedem Einzelnen gebilligte Maßnahmen zuläßt: wenn einer nicht mehr mitspielen will, kommt es zur Teilungsklage! Im Miteigentum des Deutschen Rechts (Ungeteiltes Miteigentum, Miteigentum **zur gesamten Hand**, Gesamteigentum) kann über die Anteile nicht anders als über das Ganze nur gemeinschaftlich verfügt werden, und da der einzelne über seinen Anteil nicht verfügen kann, so hat er auch kein Recht, die Teilung zu verlangen. In der Verwaltung aber sind Majoritätsbeschlüsse zulässig, eine Vertretung des gemeinsamen Interesses, die — neben dem Ausschluß der Teilungsklage — in der Wissenschaft einen hellen Aufruhr erregen konnte: Ob nicht eine Verbandspersönlichkeit vorliege? — Übrigens können einleuchtender Weise auch andere Rechte als gerade Eigentum, z. B. Forderungen, Pfandrechte u. s. w. mehreren gemeinsam zustehen; es gelten daher analog die hier entwickelten Regeln, ja man hat die Sache systematisch so aufzufassen, daß das Miteigentum eben nur ein Unterfach solcher Gemeinschaft (communio) sei[1]). Unser heutiges Recht hat als Prinzip mit Fug die Gemeinschaft römischen Rechts erwählt, jedoch mit der Modifikation, daß Mehrheitsbeschlüsse in Verwaltungsangelegenheiten zulässig sind. Aber einsichtig hat es solche Verhältnisse, deren Natur die Gesamthand besser ansteht, auf diese gegründet, so die Gemeinschaft in Gütergemeinschaft lebender Ehegatten an ihrem Gesamtgut und die der Gesellschafter sowohl in

---

[1]) Wir sind in der Darstellung bloß dem alten Brauch der Methodik gefolgt, die Lehre an diesem Spezialfall zu demonstrieren. Das V. G. B. gen führt die systematisch richtige Darstellung durch.

der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (Seite 87) als der offenen Handelsgesellschaft und der Reederei.

d) **Für den Erwerb und Verlust des Eigentums** bestanden im Römisch-gemeinen Recht allgemeingültige Regeln. B.-G.-B. aber, dem Deutschen Rechte folgend, unterscheidet:

α) an unbeweglichen Sachen kann Eigentum prinzipiell nur erworben werden durch Eintragung ins Grundbuch mit vorhergehender **Auflassung** — so heißt die **Einigung** über Eigentumsübergang. Es findet aber außerdem **Ersitzung** (usucapio) mit 30jähriger Frist statt. **Derelinquierte**, d. h. vom Eigentümer aufgegebene und damit herrenlos gewordene Grundstücke kann nur der Fiskus sich aneignen[1]).

β) Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen erfolgt durch: 1. **Übertragung**, d. i. die mit der Absicht, Eigentum zu übertragen, vorgenommene **Übergabe** (traditio)[2]) der Sache. (Die Übergabe braucht nicht körperlich zu erfolgen, bloße Einigung genügt.) Wie aber ist es hierbei, wenn der Übertragende nicht selber Eigentümer war? Das Römisch-gemeine Recht verfuhr streng nach dem Grundsatz nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Der Erwerber konnte unter keinen Umständen Eigentümer werden. Gegen jeden Erwerber drang die Klage des Eigentümers auf Herausgabe (rei vindicatio) demgemäß durch: ubi rem meam invenio, ibi vindico. Das Deutsche Recht von sonst und

---

[1]) Auch im Wege der **Enteignung**, der **Verkoppelung** und der **Separation** (vergl. darüber Teil I Seite 116) wird Eigentum erworben. Die bezüglichen Verhältnisse werden aber vom Landesrecht geregelt.

[2]) Sogenannter **abgeleiteter, derivativer** Erwerb. Im Gegensatz dazu heißen die von 2 ab benannten, bei welchen das erworbene Eigentum nicht von einem Rechtsvorgänger (auctor) hergeleitet werden kann, **originäre** Erwerbsarten.

heute gibt die Vindikation nur, wenn dem Eigentümer die Sache „abhanden kam“ (durch Entwendung, Verlust, überhaupt unfreiwillig). In allen andern Fällen, also stets, wenn dem Tradenten die Sache vom Eigentümer anvertraut war, erwirbt der Erwerber der Sache, wenn er sie im guten Glauben (bona fide) übernimmt, auch das Eigentum an ihr. Nach dem alten, hierauf geprägten Rechtssprüchwort „Hand muß Hand wahren“ nennt man dies das Hand wahre Hand-Prinzip. — 2. Ersitzung mit 10jähriger Usucapionsfrist. 3. a) Verbindung (incorporatio): wird eine Sache mit einer anderen so verbunden, daß sie wesentlicher Bestandteil (Seite 58) derselben wird, so werden die Eigentümer der beiden Sachen Miteigentümer der neuen Sache; nur wenn die eine ein Grundstück war oder der andern gegenüber Hauptsache ist, wird deren Eigentümer Alleineigentümer. b) Entsprechend regelt sich das Verhältnis bei Vermengung (confusio) z. B. von Weinsorten, schmelzbaren Metallen u.s.w. und Vermischung (commixtio) z. B. von Getreide des A mit solchem von B. c) Wer durch Verarbeitung (Spezifikation) einer oder mehrerer Sachen eine neue herstellt (auch durch Schreiben, Drucken, Malen u. s. w.), wird Eigentümer der neuen Sache. In all diesen Fällen sind aber die Eigentumsverlustigen entschädigungsberechtigt. — 4. Eigentum an Früchten (vgl. Seite 58) wird mit der Trennung von der Hauptsache erworben, denn erst mit dieser beginnt ihre Existenz als besondere Sache, an der auch besonderes Eigentum möglich. — 5. Herrenlose Sachen[1]) erwirbt man durch bloße Aneignung (occupatio). — 6. Fund: an einem ge-

---

[1]) Das sind: α) die res communes omnium als: fließendes Wasser, Luft, die wilden Tiere u. s. w. β) derelinquierte, d. h. vom Eigentümer [au]fgegebene Sachen.

fundenen Schatze oder sonstigen Sachen, deren Eigentümer nicht ermittelt wird, erwirbt der Finder Eigentum.

6. Das **Bergwerkseigentum** ist nicht ein wirkliches Eigentum, sondern nur ein „eigentumähnliches Recht": das ausschließliche Recht auf Aneignung der in einem bestimmten Umkreis (**Grubenfeld**) befindlichen bergbaufähigen Mineralien und Haltung der zum Abbau erforderlichen Anlagen.

7. Ebenso ist ein eigentumsähnliches Recht das **Erbbaurecht** (Platzrecht, römisch-gemeinrechtlich superficies), d. i. das vererbliche und veräußerliche Recht, auf fremdem Boden ein Gebäude zu haben. Als Herr dieses Gebäudes steht der Erbbauberechtigte ganz wie ein Eigentümer da.

8. **Dienstbarkeit** (servitus) ist ein dingliches Recht an einer fremden Sache auf Benutzung derselben für die Zwecke einer bestimmten Person[1]) oder eines bestimmten Grundstückes[2]). Der ökonomische Effekt ist, daß der Gebrauchswert bezw. Nutzungswert anderen Personen teilweise dienstbar gemacht oder zu deren gunsten eingeschränkt wird. Der Dienstbarkeit ist es eigentümlich, daß nur ein Dulden oder Unterlassen Gegenstand des Rechtes sein kann: servitus in faciendo consistere nequit. Dies scheidet sie von den

9. **Reallasten.** Reallast ist die Belastung eines Grundstückes mit wiederkehrenden **Leistungen**, die aus dem Grundstück zu entrichten sind. Die Leistung mag in einem Geben oder Tun bestehen (z. B. Altenteils-

---

1) „**Personalservituten, persönliche Dienstbarkeiten**". Die wichtigste ist der **Nießbrauch** (ususfructus), d. i. das Recht, die Nutzungen (Früchte) der Sache zu ziehen.

2) „**Grunddienstbarkeiten, Prädialservituten**" z. B. auf dem „dienenden Grundstück" darf eine dem „herrschenden" eigentümliche Aussicht nicht verbaut werden. Oder die Dienstbarkeit ist ein Weg, eine Wasserleitung u. s. w., die über das dienende Grundstück zum herrschenden hinübergeht.

leistungen, in früheren Jahrhunderten Frondienste). Zur Bewirkung der Leistung ist der jeweilige Grundstücks-eigentümer verpflichtet, er haftet persönlich (vergl. Seite 76) für die während seiner Eigentumszeit verfallenen Leistungen. Wir haben hier also eine eigentümliche Verknüpfung von dinglichem Recht und Forderungsrecht, der ökonomische Effekt auch neigt bereits nach der Seite des den Forderungsrechten eigentümlichen hin. Die Nutzbarmachung des Objekts ist hier nicht wie bei den Dienstbarkeiten direkt, sondern durch Vermittelung des Verpflichteten gegeben.

10. Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf[1]) behufs seiner Befriedigung ermächtigt. Die Pfandsache kann durch die Pfandbestellung in den Besitz des Pfandgläubigers übergehen, dann ist sie Faustpfand (pignus), aber auch im Besitz des Pfandgläubigers bleiben, dann liegt ein Pfandrecht hypothekarischer Form vor. Das subjektive Pfandrecht beruht entweder auf Vertrag oder als Pfändungspfandrecht auf Richterspruch, oder es ist endlich gesetzliches Pfandrecht[2]).

a) Das Pfand an beweglichen Sachen ist nach dem B. G. B. nur als Faustpfand möglich. Es entsteht durch mit Verpfändungsabsicht erfolgte Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger. Auch fremde Sachen kann man verpfänden; es gilt diesbezüglich das Handwahrehand-Prinzip (vergl. Seite 72). Der Pfandverkauf muß regelmäßig durch Versteigerung erfolgen. Den Regeln des

---

[1]) Nicht zum Behalten. Eine darauf gerichtete Abrede — sogenannte lex commissoria — wäre nichtig.

[2]) Gesetzliches Pfandrecht haben z. B. der Vermieter und Verpächter an den eingebrachten Sachen („Illaten") des Mieters bezw. Pächters.

Pfandrechtes an beweglichen Sachen folgt im allgemeinen auch das Pfandrecht an Rechten (z. B. an Forderungen), besondere Eigentümlichkeiten weist das Pfandrecht an Schiffen auf, hauptsächlich indem es hypothekarische Form trägt.

b) Das Pfandrecht an Immobilien ist heute nur in hypothekarischer Form möglich. Die drei Spielarten des Grundstückspfandrechtes: Grundschuld, Rentenschuld und eigentliche Hypothek (welch letztere wieder in Verkehrshypothek und Sicherungshypothek sich bedeutsam scheidet) einzeln zu charakterisieren, überschreitet den Rahmen der hier gesteckten Aufgabe. Die Immobiliarpfandrechte entstehen, werden abgeändert (insbesondere übertragen) und erlöschen wie alle Rechte an unbeweglichen Sachen durch Eintragung ins Grundbuch. Ist jedoch ein „Brief“ (Hypothekenbrief, Grundschuldbrief u. s. w.) über das Recht gebildet, so ist die Übertragung erleichtert, sie kann einfach durch Übertragung (Umschreibung u. s. w., vergl. Seite 86) des Briefes vorgenommen werden. Die Befriedigung aus dem Immobiliarpfande erfolgt in der Regel durch Zwangsversteigerung auch („Subhastation“, Amtsgerichtliches Verfahren). Auf besonderen Wunsch kann auch Zwangsverwaltung des Grundstückes angeordnet werden. Beide ähneln dem Konkurse.

§ 7. Das Recht der Schuldverhältnisse. (Obligationenrecht.)

A. **Allgemeiner Teil.** 1. „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“ (B. G. B. § 242). Durch Klage und eventuelle Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner kann der Gläubiger seinem Anspruch Nachdruck verleihen, wenn dieser ein im Sinne der Rechtsordnung begründeter ist; Forderungen, die nur auf Normen der Sitte oder Sittlichkeit beruhen (sogenannte „Naturalobligationen“), wie z. B. Ehrenschulden aller Art (etwa aus Spiel und Wette, verjährten Ansprüchen u. s. w.) sind nicht klagbar, aber doch insoweit von der Rechtsordnung anerkannt, daß das auf sie gezahlte als wahrhaft gezahlt, nicht geschenkt gilt und auch nicht wieder zurückgefordert werden kann. — Die Forderungen können auf ein Geben, Tun, Unterlassen oder Dulden gehen [1]).

2. Nach dem Gegenstande der Leistungen lassen sich die Schuldverhältnisse in allgemeiner Weise einteilen: a) in Speziesschuld und Genusschuld (Gattungsschuld), je nachdem speziell oder gattungsmäßig bestimmte Sachen geschuldet werden. Der Schuldner hat im letzteren Fall Sachen mittlerer Art und Güte zu liefern. Dazu

---

[1]) Scharf ist im alten und modernen deutschen Recht (nicht so im römisch-gemeinen) zwischen Schuld und Haftung zu unterscheiden, d. h. zwischen den Fragen „was kommt dem Gläubiger zu“ und „woran kann er sich im Fall der Nichtbefriedigung schadlos halten?“ Es kann nun entweder der Schuldner persönlich haften (und zwar beschränkt oder mit seinem ganzen Vermögen) — das ist die Regel — oder es kann eine Sache allein haften. Endlich kann eine solche „dingliche Haftung“ mit persönlicher kombiniert sein. („Dinglich-persönliche Haftung.“)

treten: b) die Geldschuld, d. i. jede Forderung, die auf umlaufendes Geld (also z. B. nicht alte Münzen) gerichtet ist. Sehr wichtig sind: c) die Zinsansprüche; hier sind bedungene[1]) und gesetzliche Zinsen zu unterscheiden, d. h. solche, die kraft gesetzlicher Bestimmung von seiten des Schuldners zu zahlen sind, z. B. in Fällen, wo er unrechtmäßig besessenes Gut zurückzuerstatten hat, oder wenn er mit seiner Leistung in Verzug (mora) kommt (Verzugszinsen)[2]), insbesondere, wenn er erst im Prozeßwege zu ihr gezwungen werden mußte (Prozeßzinsen). d) Die Ersatzansprüche zerfallen in solche auf Schadensersatz und auf Ersatz von Aufwendungen, welche man auf einen fremden Gegenstand oder doch im fremden Interesse gemacht. e) Wahl- oder Alternativobligationen liegen vor, wenn zwischen mehreren zu leistenden Gegenständen eine der Parteien die Wahl hat[3]).

3. Haben wir nunmehr die Inhalte der Leistung betrachtet, so erhebt sich die Frage: Wie ist die Leistung zu bewirken? a) Zu Teilzahlungen ist der Schuldner mangels besonderer Abmachungen nicht berechtigt.

---

[1]) Auch „Konventionalzinsen" genannt.

[2]) Überhaupt muß er in diesem Fall dem Gläubiger den aus dem Verzuge entstehenden Schaden ersetzen. Ist andererseits der Gläubiger im „Annahmeverzug" (mora accipiendi, auch mora creditoris im Gegensatz zur vorerwähnten mora debitoris, dem „Verzug des Schuldners" oder „Leistungsverzug"), so wird der Schuldner dadurch zwar nicht frei, wohl aber wird er durch mannigfache Vorkehrungen gegen die ihm aus der Verzögerung der Leistung entstehenden Nachteile geschützt, insbesondere kann er Gegenstände auf Kosten des Gläubigers an die öffentlichen Hinterlegungsstellen abgeben u. s. w.

[3]) Zu erwähnen wäre noch der Anspruch auf Vorlegung von Sachen oder Urkunden („Exhibitionsanspruch"), welcher als Hilfsrecht zur Geltendmachung anderweitiger Ansprüche demjenigen zusteht, der insofern ein rechtliches Interesse an der Besichtigung von Sachen bezw. von Urkunden, welche sich im Gewahrsam eines anderen befinden, hat, als er ohne diese Besichtigung oder Einsicht die betreffenden anderweitigen Ansprüche nicht ausreichend verfolgen könnte.

b) **Leistung durch dritte** dagegen muß der Gläubiger im allgemeinen[1]) annehmen. c) Was den **Ort der Leistung** betrifft, so sind insbesondere Geldschulden stets „**Bringschulden**“, nur das aus Wertpapieren (vergl. unten, Seite 82) geschuldete muß sich der Gläubiger natürlich holen. d) Die **Zeit** der Leistung spielt namentlich bei den sogenannten **Fixgeschäften** eine Rolle, das sind solche Geschäfte, bei denen der Gläubiger, wenn ihm nicht zu bedungener Zeit die Leistung bewirkt wird, ganz zurücktreten kann. Man braucht ein Brautkleid nicht anzunehmen, wenn es der Schneider erst zur Kindtaufe liefert. e) Gute Deckung gegen einen Gläubiger, der dem Schuldner selbst noch etwas schuldet, gewährt das **Zurückbehaltungs-** oder **Retentionsrecht**, wonach der Schuldner seine Leistung verweigern kann, bis der Gläubiger ihm das seine gewährt.

f) Impossibilium nulla obligatio: **Versprechen unmöglicher Leistungen** sind nichtig, es sei denn, daß ein solches im Hinblick auf späteres Möglichwerden der Leistung abgegeben wurde. Nachträgliches **Unmöglichwerden** macht den Schuldner frei von seiner Verpflichtung. Nur hat er die Unmöglichkeit der Leistung, wenn er sie arglistig verschwieg, das nachträgliche **Unmöglichwerden**, wenn er es verschuldet, dem Gläubiger gegenüber zu vertreten, d. h. den daraus erwachsenen Schaden zu tragen. g) Überhaupt ist das **Schuldmoment** im Obligationenrecht von höchster Bedeutung, und zwar nicht bloß bei den Deliktsobligationen, sondern mindestens ebenso sehr im weiten Gebiet der auf Rechtsgeschäft beruhenden

[1]) Ein Beispiel für die Ausnahme: Der Direktor eines Theaters braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß statt des von ihm für einen Abend engagierten berühmten Schauspielers X. der Stümper Y. die für X. in Aussicht genommene Spielleistung bewirkt.

Schuldverhältnisse[1]). Der Schuldner soll eben die Erfüllung (Ausführung der Leistung) loyal, sorgfältig bewirken. Insbesondere haftet er unter allen Umständen für Vorsatz (dolus), für Fahrlässigkeit dagegen nur in verschiedenen Graden. Im allgemeinen haftet der Kontraktsschuldner für jede Fahrlässigkeit (omnis culpa), auch leichte (culpa levis), er muß für die diligentia diligentis (patris familias), des berühmten „ordentlichen Hausvaters", also im einzelnen z. B. auch des ordentlichen Kaufmannes, Reeders, Schiffers, Frachtführers u. s. w. einstehen. Andere, wie der Schenker, Verleiher, Finder u. s. w. haften nur für grobe Fahrlässigkeit (culpa lata); in noch anderen Verhältnissen und zwar in solchen, in denen eo ipso ein erhöhtes Vertrauen Platz greift, haften die Verpflichteten nur für culpa in concreto, d. h. dieselben — z. B. Gesellschafter, Ehegatten u. s. w. haben einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche ein jeder in eigenen Angelegenheiten anwendet, sogenannte diligentia quam suis (scil. rebus adhibere solet). — Dagegen kommt in Verhältnissen, die ihrer Natur nach eine gewisse Unsicherheit des Gutes einer Partei in sich tragen, eine wesentlich verschärfte, sogar über die Fahrlässigkeit hinausgehende Haftung vor. Der Gastwirt haftet für die von dem Fremden eingebrachten, der Frachtführer für die von ihm zu transportierenden Sachen für jeden Zufall bis zur höheren Gewalt („vis maior"), das sind die Ereignisse, da der Mensch der Götterstärke weicht[2]).

4. Ist nun der Inhalt der Schuldverhältnisse nach allen Seiten hin beleuchtet, so erhebt sich die Frage nach

---

[1]) Freilich kommt es auch im Sachenrecht vielfach in Betracht. Wer im bösen Glauben meine Sache vorenthält, wird bei der Restitution, namentlich was den Ersatz der Früchte betrifft, ganz anders angefaßt, als wer bona fide dieses tat. Vergl. auch die Lehre vom Handwahrehand-Prinzip, S. 72 u. 74.

[2]) Oder auch „hoher Hand", d. h. bewaffneter Feindesgewalt. Das engl. Recht spricht von Haftung bis zu „acts of God and the kings enemy".

der Entstehung und Endigung derselben, sowie nach denjenigen Fällen der Abänderung — die übrigen sind bereits vorher im wesentlichen erledigt — welche durch einen Wechsel der beteiligten Personen gegeben sind.

a) *α*) Die Entstehungsgründe der Forderungen sind teils Rechtsgeschäfte, teils unerlaubte Handlungen. Die Römer stellten hiernach, indem sie Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, wie wir sie in der Auslobung (vergl. Seite 86), in Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis und den Skripturobligationen [1]) haben, so gut wie gar nicht kannten, Deliktsobligationen und Kontraktsobligationen einander gegenüber. Damit sind auch unbedingt die bei weitem wichtigsten Kategorien getroffen. An wirtschaftlicher Bedeutung aber stehen die ersteren, die sich im ganzen in dem Anspruch des Geschädigten auf Schadenersatz erschöpfen, hinter den letzteren weit zurück.

β) Die Verträge bilden den Angelpunkt der Obligationensysteme aller Zeiten [2]). Über ihre Arten haben wir bereits Seite 38 berichtet. Zu gedenken bleibt noch der

[1]) So nennt man die in Wertpapieren verbrieften Schuldverhältnisse, weil sie durch den Skripturakt unmittelbar entstehen.

[2]) Die durch die bisherige Einteilung: Einseitige Rechtsgeschäfte, Verträge, Delikte nicht getroffenen Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse pflegt man nach römischem Beispiel noch immer in kontraktsähnliche (Quasikontrakte, z. B. die unbeauftragte Geschäftsführung, vergl. Seite 86) und deliktsähnliche (Quasidelikte) einzuteilen. Unter ihnen ragen hervor: a) der durch Tiere verursachte Schaden; b) der vom Reichshaftpflichtgesetz 1871 zum erstenmale berücksichtigte Schaden durch Betriebsunfälle in Fabriken, auf Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w.; c) die ungerechtfertigte Bereicherung. Unter dem Gesichtspunkt der letzteren habe ich Anspruch auf Rückgewähr: 1. des irrtümlich auf eine Schuld geleisteten (condictio indebiti); 2. des um irgend eines Zweckes willen hingegebenen, wenn dieser Zweck sich nachher nicht verwirklicht (condictio ob causam); 3. dessen was jemand von mir durch unsittliches Verhalten (z. B. durch Erpressung, Wucher) erlangte (condictio ob turpem causam) u. a. m. (condictio war die Klageart, in der solche Ansprüche in Rom geltend gemacht wurden. Die juristische Terminologie hat den Ausdruck „Kondiktionen“ für die Bereicherungsansprüche beibehalten, wenn ihn auch das Gesetz nicht mehr kennt.)

Auszeichnung, die unter den zweiseitigen obligatorischen Verträgen die gegenseitigen oder synallagmatischen genießen. Das sind diejenigen, bei welchen die Verpflichtungen beider Teile gleichermaßen dem Zwecke des Geschäftes dienen, (z. B. Kauf, Miete, Werk- und Dienstverträge), im Gegensatz zu denjenigen, in denen nur die Verpflichtung des einen dem eigentlichen Zwecke des Geschäftes dient, während die Gegenverpflichtung des anderen Teiles sich als nebensächlich an sie schließt, wie es etwa beim Auftrag der Fall ist. Die Ansprüche des Beauftragten gegen den Auftraggeber treten gegen die Ansprüche umgekehrter Richtung stark in den Hintergrund. Der enge Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen, in den synallagmatischen Vertragsverhältnissen prägt sich besonders darin aus, daß jede Partei dem klagenden Gegner, wenn dieser selbst noch nicht, oder nicht ausreichend den ihm aus dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen gerecht geworden, die Einrede des nicht bezw. nicht völlig erfüllten Vertrages (exc. non bezw. non rite adimpleti contractus) entgegenhalten kann. Die Verurteilung wird alsdann, wie auch bei der Einrede aus Zurückbehaltungsrecht, vergl. oben Seite 78, häufig auf Leistung Zug um Zug gehen.

Nach altem und heutigem deutschem Recht (anders nach römisch-gemeinem) kann man durch Verträge auch Rechtsverhältnisse zwischen mehr als zwei Parteien schaffen, nämlich durch die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter, bei denen der Dritte, wiewohl beim Vertragsschlusse gar nicht beteiligt, ein eigenes Recht auf die Leistung erhält, z. B. ich kaufe Frau und Kinder in eine Lebensversicherung oder in Leibrenten ein.

γ) Was die Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte betrifft, so gewährt das moderne Recht darin weitgehende

Freiheit. Doch wird in größeren nicht alltäglichen Geschäften natürlich die Schriftform von den Parteien selber gern gewählt und genießt das Schuldurkundenwesen eine große Bedeutung.

Wertpapiere sind Schuldurkunden[1]) bei welchen der verbriefte Anspruch derart mit der Urkunde verknüpft ist, daß diese geradezu als „Träger der Berechtigung" erscheint. Nur wer die Urkunde hat, kann das Recht geltend machen. Die meisten Wertpapiere sind Präsentationspapiere. Sie müssen dem Schuldner vorgelegt werden, begründen also „Holschulden", (z. B. der Wechsel, das Eisenbahnbillet). Mit der Urkunde wird die Forderung übertragen, also ganz nach den bequemen sachenrechtlichen Grundsätzen[2]), unter Vermeidung der umständlicheren Formen der Übertragung von Forderungen, wie sie Zession und Schuldübernahme (vergl. Seite 84c) darbieten. Die Übertragbarkeit hat aber verschiedene Grade. Rekta- oder Namenpapiere (z. B. Kurscheine, Hypothekenbriefe u. s. w.) lauten auf einen bestimmten Namen, also müssen sie bei Übertragung auf den Erwerber besonders umgeschrieben werden. Im ganzen und großen liegt also hier nur erst eine vereinfachte Zession vor, und erhält demgemäß auch der Erwerber nur das Recht seines Vorgängers. Schon mehr zur Weiterbegebung prädestiniert sind die Orderpapiere[3]): durch Giro oder Indossament (d. i. ein kurzer Übertragungsvermerk) werden sie weiterbegeben; der Erwerber

---

[1]) Die meisten wenigstens, wiewohl auch dingliche Rechte in Wertpapieren verbrieft sein können.

[2]) Vergl. oben Seite 71f. Die normale Form der Übertragung von (beweglichen!) Sachenrechten ist danach die Übergabe der Sache.

[3]) Arten: a) der Wechsel; b) die sieben Orderpapiere des Handelsgesetzbuches: kaufmännische Anweisung, kaufmännischer Verpflichtungsschein, Konnossement, Ladeschein, Lagerschein, Bodmereibrief, Seeversicherungspolize.

(Indossatar) aber erhält dadurch ein von dem Rechte seines Vormannes (Indossanten) — und entsprechend, wenn eine ganze Reihe von Indossamenten vorliegt, vom Rechte aller übrigen Vormänner unabhängiges Recht; er braucht sich die dem Schuldner diesen gegenüber zustehenden Einreden nicht gefallen zu lassen. Das ist eine erhebliche Abweichung vom Rechte der Zession, welche dem Prinzip „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“ folgt, man kennzeichnet die Erscheinung als die Transportfunktion des Indossements.

Bei den Inhaberpapieren endlich kann, wie der Name sagt, jeder Inhaber das in ihnen verbriefte Recht geltend machen. Es findet also Begebung der Forderung durch einfache Übergabe der Urkunde statt. Inhaberpapiere sind die meisten Aktien, ferner Bier- und Speisemarken, Theaterbillets u. s. w.

δ) Als Bestärkungsmittel der obligatorischen Rechtsgeschäfte, insbesondere der Verträge, dienen Konventionalstrafe und Draufgabe („arra“ „Dingpfennig“, „Handgeld“ u. s. w., wie sie namentlich in dem „Mietstaler“ bei Gesindedienstverträgen üblich). Die Formenstrenge jugendlicher Rechte macht diese Bestärkungsmittel zu notwendigen Bestandteilen (Essentialien) der Rechtsgeschäfte, das entwickelte Recht überläßt ihre Anwendung der Parteiwillkür.

ε) Mitunter behält in Verträgen ein Teil sich den Rücktritt vor. Erfolgt dieser, so sind die Parteien verpflichtet, einander die bereits empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

b) Endigungsgründe der Schuldverhältnisse sind: *α)* Erfüllung; dieselbe gibt dem Schuldner das Recht, eine Quittung (apocha) zu verlangen. Das Schuldverhältnis erlischt übrigens auch, wenn der Gläubiger

eine andere als die geschuldete Sache an Erfüllungs Statt annimmt. Man spricht hier gemeinhin von „datio in solutum", „in Zahlung geben", „Angabe an Zahlungs Statt", die korrekte Bezeichnung aber ist „Leistung an Erfüllungs Statt" als der alle möglichen Fälle umfassende Ausdruck; besteht doch die Leistung durchaus nicht gerade immer in Hingabe von Sachen. *β)* Erlaß. Ist der Gläubiger im Annahmeverzug, so kann sich der Schuldner beweglicher Sachen durch *γ)* Hinterlegung bei öffentlichen Hinterlegungsstellen, sind die Sachen dazu nicht geeignet, durch Versteigerung mit nachfolgender Hinterlegung des Erlöses befreien. Wenn endlich zwei Personen einander Leistungen schulden, die dem Gegenstand nach gleichartig, aber auch fällig sind, so hat jeder Teil das Recht zur *δ)* Aufrechnung (Kompensation) seiner Forderung gegen die des anderen Teils.

c) Übergang der Schuldverhältnisse auf andere Personen findet (abgesehen von solchen, die in Order- oder Inhaberpapieren verbrieft sind, vergl. Seite 82 f.) in zwei Formen statt, diese sind: *α)* Übertragung der Forderung. Sie heißt Zession, Abtretung, wenn sie vertragsmäßig erfolgte, doch finden ihre Regeln, auch auf die gesetzliche Übertragung (cessio necessaria seu ficta), wie sie z. B. bei der Pfändung von Forderungen vorkommt, Anwendung. Die Übertragung gibt nach dem Satze „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" dem neuen Gläubiger (Zessionar) dasselbe Recht, welches der ursprüngliche Gläubiger (Zedent) gehabt hat; der Schuldner (Zessus) kann die Einreden, die er gegen den Zedenten hatte, auch dem Zessionar entgegenhalten. Solange er die Abtretung nicht kennt, kann er an den Zedenten gültig erfüllen. *β)* Die Schuldübernahme. Durch sie verbindet ein Dritter („Neu-

schuldner", „Übernehmer") sich dem Gläubiger, in der Weise, daß er an Stelle des bisherigen Schuldners („Urschuldners") tritt. Der Neuschuldner hat dem Gläubiger gegenüber die Einreden, die der Urschuldner hatte, mit Ausnahme der der Aufrechnung.

5. Häufig sind an einer Obligation mehrere Gläubiger oder Schuldner beteiligt. Ist die Leistung teilbar wie Geldleistungen, und Gattungsschulden überhaupt, so sind im Zweifel die Schuldner zu gleichen Anteilen zu leisten verpflichtet bezw. die Gläubiger zu gleichen Anteilen forderungsberechtigt. Bei unteilbaren Leistungen jedoch (es wird z. B. ein Pferd geschuldet) und vielfach auch bei teilbaren tritt das Prinzip der Samtschuld ein. Danach haften mehrere Schuldner als Gesamtschuldner, d. h. der Gläubiger kann jeden von ihnen nach Belieben zur Leistung heranziehen und bis diese erfolgt ist, bleiben alle verpflichtet; und umgekehrt: an jeden der mehreren Gläubiger (Gesamtgläubiger) kann der Schuldner nach Belieben die Leistung bewirken. Natürlich bestehen alsdann unter den Gesamtgläubigern bezw. Gesamtschuldnern Ausgleichsansprüche.

B. **Besonderer Teil.** 1. Weitaus das häufigste Schuldverhältnis ist der **Kauf** (emptio, venditio), bei welchem sich der Verkäufer zur Leistung der Ware, der Käufer zur Leistung des Kaufpreises verpflichtet. Die meisten Rechtsfragen beziehen sich bei ihm darauf, ob Mängel der Ware (besondere Vorschriften über Viehmängel) zu vergüten oder ob es beim „Augen auf, Kauf ist Kauf" bewenden solle. Der ähnlich geregelte **Tausch**, aus welchem ursprünglich der Kauf entstand, ist in der heutigen Zeit der Geldwirtschaft seltener. 2. **Schenkung** (donatio) ist der Vertrag über eine unentgeltliche Zuwendung: der Schenker hat ei-

Widerrufsrecht wegen Undanks des Beschenkten; verarmt er, so kann er das Geschenk zurückfordern. 3. Das Recht der **Miete** (locatio, conductio rei) d. i. entgeltliche Gewährung des Gebrauchs, und der **Pacht**, d. i. entgeltliche Gewährung des Gebrauchs und der Nutzung einer Sache, ist, die eine für die Städte (Wohnungsmiete!), die andere für das Land von höchster sozialer und wirtschaftlicher Bedeutung und hat im B.G.B. entsprechende Beachtung gefunden. 4. **Leihe** (commodatum) ist unentgeltliche Gestattung des Gebrauchs einer Sache. 5. **Darlehen** (mutuum) ist Leihe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen mit der Verpflichtung des Darlehnsnehmers, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Menge und Güte zurückzuerstatten. Die Darlehnsgegenstände werden Eigentum des ersteren. 6. Der **Dienstvertrag** (auch Dienstmiete, loc., cond. operarum) bedingt die Leistung von Diensten jeder Art (als Arbeiter oder Dienstbote, sogen. illiberale, aber auch als Arzt, Lehrer, Rechtsvertreter, sogen. liberale Dienste) gegen Vergütung aus, der (7.) **Werkvertrag** (loc., cond. operis) desgleichen die Herstellung eines Werks durch den Unternehmer (Schuhmacher, Schneider, Uhrmacher u. s. w.) für den Besteller. 8. Auf Grund des **Mäklervertrages** kann eine Vergütung beanspruchen, wer anderen die Gelegenheit zum Abschluß irgend eines Vertrages nachgewiesen oder diesen Vertrag vermittelt hat. 9. Unter dem gemeinsamen Namen der **Auslobung** finden öffentliche Aussetzungen von Belohnungen sowie Preisaufgaben, Versteigerungen u. s. w. ihre rechtliche Regelung. 10. Beim **Auftrag** (mandatum) verpflichtet sich der Beauftragte für den Auftraggeber ein Geschäft unentgeltlich zu besorgen. 11. Findet **Geschäftsführung ohne Auftrag** (negotiorum gestio) statt, (z. B. A holt für den auf der

Straße verunglückten B ohne dessen Auftrag einen Arzt), so ist der „Geschäftsherr“ dem „Geschäftsführer“ zum Ersatz seiner Aufwendungen verpflichtet, wenn die Geschäftsführung „nützlich unternommen“ war. 12. Bei der **Verwahrung** (depositum) hat der Verwahrer eine ihm vom „Hinterleger“ übergebene Sache für diesen aufzubewahren. Sind die Sachen vertretbare und nur in gleicher Menge, Art und Güte zurückzugeben, so spricht man vom depositum irregulare. 13. Über **Einbringung von Sachen bei Gastwirten** siehe oben Seite 79. 14. **Gesellschaft** (societas) ist die vertragsmäßige Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke. Geregelt ist namentlich Beitragspflicht, Gewinn- und Verlustverteilung, die Geschäftsführung und die Vertretung nach außen. 15. Über **Gemeinschaft** siehe oben Seite 70. 16. **Leibrente** ist eine (im Zweifel) für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichtende Rente. 17. Über **Spiel und Wette** siehe Seite 76. 18. **Bürgschaft** (fideiussio) ist die Verpflichtung, dem Gläubiger eines Dritten für Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. 19. **Vergleich** ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. 20. **Schuldversprechen** ist ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründet, **Schuldanerkenntnis** ein solches, durch welches das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird. Dasselbe wirkt übrigens wie ein Schuldversprechen, indem es ebenfalls die Verpflichtung zur Leistung selbständig begründet. („Die Anerkennung als selbständiger Verpflichtungsgrund.“ Ich erkenne z. B. eine schon verjährte Schuld an: alsdann bin ich von neuem verpflichtet.)

Beide Rechtsgeschäfte erfordern die Schriftform. 21. **Anweisung** ist eine Urkunde, in der der Anweisende (Assignant) den Angewiesenen (Assignaten) anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an den Anweisungsempfänger (Assignatar) zu leisten. Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er zu der Leistung verpflichtet. 22. Über **Schuldverschreibung auf den Inhaber** siehe Seite 83, über (23.) **Vorlegung von Sachen** Seite 77[3], über (24.) **ungerechtfertigte Bereicherung** Seite 80, über (25.) **unerlaubte Handlungen** Seite 29. Wer durch ein Delikt, (nach der Sprache des B.G.B. „unerlaubte Handlung"), d. i. eine schuldhafte rechtswidrige Handlung das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

---

§ 8. Das Familienrecht.

1. Grundlage der Familie ist die Ehe. Durch sie entstehen fast alle Verwandtschaftsverhältnisse. Unter diesen ist besonders das zwischen Eltern und Kindern von Wichtigkeit, da innerhalb der Familie Eltern und Kinder einander, je nach dem die einen oder die anderen dessen bedürftig sind, zu helfen und zu stützen haben. Solchen Personen, welche zwar der familienrechtlichen Fürsorge benötigen, jedoch in einem dieselbe hinreichend verbürgenden Familienverhältnisse nicht stehen, wird jenes durch Vormundschaft künstlich ersetzt. Dementsprechend gliedert sich das Familienrecht in drei Hauptabschnitte: Eherecht, Verwandtschaftsrecht, Vormundschaftsrecht.

2. a) Die ursprüngliche Eheform des Menschen[1]) ist nicht die monogamische. Es geht ein Zustand vorher, in dem eine Anzahl von Männern und Weibern promiscue in Geschlechtsgemeinschaft treten. (Gruppenehe.) Da infolgedessen die Väter der Nachkommenschaft nicht festzustellen sind, — weil ja ein jedes Weib in einem Verhältnis der „Polyandrie“ (Vielmännerei) lebt —, so wird die Verwandtschaft nur nach der mütterlichen Seite hin gerechnet (Mutterrecht). Die Kinder derselben Mutter sind miteinander und mit den Geschwistern u. s. w. der Mutter verwandt: der Mutterbruder, nicht der Vater ist es, der rechtliche und sonstige Gewalt und Autorität über die Kinder ausübt. Der mit der Zeit immer mehr sich durchsetzende männliche Eifersuchtstrieb bringt die Männer allmählich dahin, die ihnen zusagenden Frauen vom Umgang mit anderen Männern völlig auszuschließen; in Anknüpfung hieran gewinnt das eheliche Verhältnis eine gewisse Dauer und Festigkeit, die ihren höchsten Grad jedoch erst erreichen kann, nachdem dasselbe, was am Ende bei allen Völkern eintritt, monogamisch geworden ist. Erst jetzt kann man von der Ehe in dem Sinne reden, wie es die moderne juristische Definition derselben tut: als der (rechtlich anerkannten) vollkommenen Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Weib. Ob die Ehe aber polygam oder monogam, der Mann nimmt nunmehr eine ausgeprägt dominierende Stellung ein; die Verwandtschaft wird nach dem Mannesstamme bestimmt (Vaterrecht), und zwar zunächst ausschließlich (agnatisches Verwandtschaftssystem). Dem agnatischen Verwandtschaftssystem ist es eigentümlich, daß die Familie vielfach durch

[1]) Vergl. zum folgenden: Achelis, Soziologie, Sammlung Göschen, Nr. 101, Seite 106 ff.

künstliche Verwandtschaft mittels Adoption sich ergänzt, welche heute noch gestattet, aber recht selten geworden ist. Die Frau, deren Stellung auch zur Mutterrechtszeit schon eine gedrückte ist, ist der Gewalt des Mannes (manus, altdeutsch munt) über Leben und Tod ebenso unterworfen wie die Kinder und die Sklaven. Langsam bessert sich ihre Lage, und Hand in Hand damit geht die Neuerung, daß neben der Verwandtschaft durch den Mannesstamm auch die durch den Weiberstamm beachtet wird, sodaß die allgemeine Blutsverwandtschaft für das Recht durchweg maßgebend erscheint. (Kognatisches Verwandtschaftssystem.) Nur für die Thronfolge und das Erbrecht an gewissen Klassen adliger Güter (Lehen, Stammgüter, Fideikommisse u. s. w.) ist teilweise am agnatischen System festgehalten worden (in terram salicam mulieres ne succedant). Der Berechnungsmodus der Verwandtschaftsgrade hat geschwankt, die Römer rechneten anders als das kirchliche und das germanische Recht; an ihr System lehnt sich die heute gebräuchliche Zählung.

b) Im Laufe der Zeiten wird die Frau aus der Sklavin des Mannes die gleichberechtigte Genossin, als welche das Eherecht der zivilisierten Nationen sie hinstellt. Insbesondere sind die Ehegatten einander gleichmäßig zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Doch trägt das Recht der geschlechtlichen Eigenart Rechnung unter dem Gesichtspunkt, daß diese verschiedenartige Leistungen der Ehegatten zur Verwirklichung der der Ehe innewohnenden Zwecke bedingt. Die gegenseitige Pflicht zur Unterhaltsgewährung lastet in erster Linie auf dem Manne, dafür ist die Frau verpflichtet, Arbeiten im Hauswesen und Geschäfte des Mannes gemäß den Verhältnissen, in denen sie leben, zu leisten.

Sie hat die Pflicht und das Recht, das Hauswesen zu besorgen und die damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte nach ihrem Ermessen abzuschließen. (Schlüsselgewalt.) Die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten, insbesondere über Wohnort und Wohnung, steht dem Manne zu (mit dem ausdrücklichen Verbot des Mißbrauchs). Berufliche Tätigkeit steht der Frau frei, soweit die ehelichen Interessen dadurch nicht geschädigt werden.

c) Das eheliche Verhältnis bedingt in Rücksicht auf die Führung des Hausstandes und insbesondere auf die Erhaltung der Nachkommenschaft eine materielle Basis; diese entsteht dadurch, daß die Vermögen beider Ehegatten zu gemeinschaftlicher Bestreitung der Bedürfnisse in bestimmter Weise herangezogen werden. Die hierüber geltenden Rechtsnormen faßt man unter dem Namen „eheliches Güterrecht" zusammen im Gegensatz zu dem „persönlichen Eherecht", welches die eben dargelegten persönlichen Pflichten und Rechte der Ehegatten gegeneinander regelt. Ursprünglich wird alles Gut der Frau Eigentum des Mannes wie sie selbst. Wie ihre Person erlangt aber auch ihr Gut später eine selbstständigere Stellung; das Recht hat hierfür äußerst mannigfache Formen ausgebildet. B. G. B. stellt deren fünf zur Wahl, deren Struktur und rechtliche Bedeutung in der Terminologie guten Ausdruck finden, nämlich: α) allgemeine Gütergemeinschaft, β) Gütertrennung, γ) Fahrnisgemeinschaft[1]), δ) Errungenschaftsgemeinschaft, endlich ε) Verwaltungsgemeinschaft. Bei der letzteren unterliegt das eingebrachte Gut der Frau der Verwaltung und Nutznießung des Mannes,

[1]) Fahrnis, Fahrhabe: der alte deutschrechtliche Ausdruck für bewegliche Sachen.

soll ihr aber der Substanz nach erhalten bleiben: „Frauengut soll weder wachsen noch schwinden.“ Sie ist das gesetzliche System des B. G. B., indem sie allemal dann eintritt, wenn nicht durch Ehevertrag ein anderes System gewählt wird[1]).

d) Das Recht der Eheschließung entwickelt sich allenthalben auf der Erde, sobald wenigstens das Vaterrecht zum Durchbruch gelangt ist, nach folgendem Schema: Ursprünglich ward die Frau mit kriegerischer Gewalt vom Manne entführt (Raubehe), später zahlt er ihren Eltern für sie in friedlicher Vereinbarung eine Entschädigung (Kaufehe), der alsdann aufkeimenden Eheschließung durch beiderseitige freie Übereinkunft (Vertragsehe) nehmen sich sehr bald die sakralen Gewalten an: es kommt zur religiösen Trauung, zur Priesterehe, wie sie die Römer hatten und wie sie von der katholischen Kirche im Tridentiner Konzil nach mehrhundertjähriger Entwicklung abschließend geregelt wurde. In der neueren Zeit entstand alsdann die heut herrschende Form der Eheschließung durch Vertrag vor dem staatlichen Standesbeamten (Zivilehe). Die Ehe ist nichtig, wenn sie nicht in der vorgeschriebenen Form, oder von Geschäftsunfähigen u. dergl. eingegangen wurde, oder wenn die Ehehindernisse der nahen Verwandtschaft bezw. Schwägerschaft, der Bigamie u. s. w. bestehen. Irrtum, Drohung u. a. m. berechtigen meist zur Anfechtung der Ehe.

e) Der Eheschließung pflegt ein Verlöbnis vorauszugehen; ein klagloses pactum de contrahendo, aber doch in einigen Beziehungen von der Rechtsordnung respektiert.

---

[1]) Die Amtsgerichte führen über den Güterstand der Ehen ihres Bezirkes ein Güterrechtsregister.

f) Die Ehescheidung besteht ursprünglich in willkürlicher Verstoßung der Frau durch den Mann (repudium); an ihre Stelle tritt später Auflösung der Ehe auf Grund gegenseitiger freier Übereinkunft (divortium). Die katholische Kirche, welche durch das Ehesakrament eine ewige Bindung, einen character indelebilis (siehe S. 189f.) für begründet hält, verbot die Scheidung und ließ nur eine Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft bei rechtlichem Fortbestehen der Ehe („Scheidung von Tisch und Bett") zu. Das moderne Recht gestattet die Scheidung durch gerichtliches Urteil wegen Ehebruchs, Lebensnachstellung, böslicher Verlassung u. s. w., mit Rücksicht auf die religiösen Gefühle der Katholiken gibt B. G. B. daneben wieder die Möglichkeit der Scheidung von Tisch und Bett[1]).

3. Von der durch die Ehe begründeten Verwandtschaft war bereits S. 89f. die Rede; auch das Verhältnis eines Ehegatten zu den Verwandten des anderen, hat unter dem Namen der Schwägerschaft Rechtswirkungen[2]) und wird wie die Verwandtschaft nach Graden berechnet. Die engsten Beziehungen knüpft das Recht natürlich an das Verhältnis von Eltern und Kindern, insbesondere haben dieselben einander nach Bedürfnis Unterhalt zu gewähren. Die unehelichen Kinder sind bekanntlich dabei erheblich anders gestellt als die ehelichen. Die minderjährigen Kinder stehen unter elterlicher Gewalt, dieselbe steht in erster Linie dem Vater zu, welcher sie ursprünglich allein und zwar mit einer Machtfülle bis zur Entscheidung über Leben und Tod besaß. Die elterliche Gewalt begründet das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des

---

[1]) Sogen. „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft".
[2]) Z. B. als Ehehindernis.

Kindes zu sorgen; nötigenfalls kann sie durch das Vormundschaftsgericht ganz oder teilweise dem Berechtigten entzogen werden.

4. Elternlosen Minderjährigen, sowie entmündigten Volljährigen wird die notwendige Obsorge für Person und Vermögen durch die *Vormundschaft* (tutela) gewährleistet. Dieselbe schließt insbesondere die gesetzliche Vertretung in Rechtsgeschäften in sich. Ursprünglich war sie eine bloße Familienangelegenheit, heute ernennt und beaufsichtigt das *Vormundschaftsgericht* (Amtsgericht) den *Vormund* (tutor). Eine „*Pflegschaft*“ (cura) dagegen wird eingerichtet, wenn nur einzelne Angelegenheiten der Vermögens- oder Personobsorge der Erledigung bedürfen, z. B. bei Verhinderung von Eltern oder Vormündern; auch können *Gebrechliche* einen Pfleger erhalten (cura fragilium), desgl. *Abwesende* (cura absentis), ferner die *ungeborene Leibesfrucht* (cura ventris nomine) u. s. w. Der *Pfleger* (curator) ist rechtlich im ganzen ebenso gestellt wie der Vormund.

§ 9. Das Erbrecht.

1. Von allen Völkern gilt im primitiven Stadium ihrer Rechtsentwicklung das Taciteische „Nulla apud eos testamenta“, es gibt keine letzwilligen Verfügungen. Und doch findet allenthalben der Übergang der Habe von den Verstorbenen auf die Überlebenden innerhalb ihrer Familiengenossenschaften nach festen, ja starren Regeln statt; eine *gewillkürte Erbfolge* fehlt; eine um so sicherere *gesetzliche Erbfolge* ist vorhanden. Wie man sich die Entwickelung der letztwilligen Verfügungen typisch zu denken hat, läßt in besonderer Deutlichkeit die römische Rechtsgeschichte erkennen: Es wird gestattet, daß der Erblasser in feierlichem Dinge — comitiis calatis, in procinctu

— vom Volke die Erlaubnis erbittet, von der gesetzlichen Erbfolge abgehen zu dürfen; mehr als Spezialgesetz, denn als Rechtsgeschäft tritt hier die letztwillige Verfügung auf. Aber die Genehmigung des Volkes verflüchtigt sich mit der Zeit zur bloßen Form, zur passiven Assistenz, noch einige Zeit und dasselbe läßt sich durch 7 bestimmte Männer repräsentieren[1]), alsdann genügt es gar, wenn 7 Bürger als Zeugen bei solenner Aufsetzung der Testamentsurkunde — denn unterdessen hat sich die Schriftlichkeit des Aktes bemächtigt — mitwirken: Erst jetzt kann man das Testament als ein eigentlich privates Rechtsgeschäft ansprechen. Die gewillkürte Erbfolge hat aber das Institut der gesetzlichen Erbfolge nicht verdrängt, vielmehr tritt diese stets ein, wo eine letztwillige Verfügung fehlt: immerhin sind auch wir heutzutage von dem römischen Gefühl nicht allzuweit entfernt, welches im Testament so sehr das Normale erblickte, daß es die gesetzliche Erbfolge mit dem Namen der Intestaterbfolge belegte.

Die Erbfolge kann Rechtsnachfolge in die einzelnen Nachlaßgegenstände (Singularsuccession) und solche in die Erbschaft als einheitliches Ganzes, das die Aktiva und die Passiva in sich schließt, sein (Universalsuccession). Letztere hat sich ganz besonders bei den Römern herausgebildet. Aber die Universalsuccession ist einer der welterobernden Gedanken des römischen Rechts. Die Haftung des Erben für die Schulden seines Rechtsvorgängers insbesondere kann keine Wirtschaftsstufe entbehren, die nur einigermaßen die wichtige Verkehrsform des Kredits sich zu nutze machen will, und

[1]) Unterdes war aber die Form die eines (Schein-)Verkaufs der Erbschaft an einen der 7 (familiae emptor) geworden, der dadurch die Stellung eines Testamentsvollstreckers erhielt. Ihering, Geist des R.-R. 4. Aufl. I S. 145.

so hat in allem modernen Recht die Universalsuccession die Oberhand behalten[1]).

Der Nachlaß fällt dem Erben durch den Todesfall des Erblassers ipso iure an, so daß es keiner Antrittserklärung seinerseits bedarf[2]), doch kann der Erbe binnen einer bestimmten Frist die Erbschaft durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ausschlagen. Als Nachlaßgerichte fungieren die Amtsgerichte. Gegen jeden, der auf Grund eines angemaßten Erbrechtes etwas aus der Erbschaft besitzt, steht dem Erben das Mittel der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) zu. Das Rechtsverhältnis mehrerer Erben untereinander ist nach dem Prinzip der gesamten Hand geordnet. Die Erben stehen den Erbschaftsschuldnern als Gesamtgläubiger, den Erbschaftsgläubigern als Gesamtschuldner gegenüber. Die Erbauseinandersetzung kann im allgemeinen von jedem Erben jederzeit gefordert werden, auf Antrag hat das Nachlaßgericht sie vorzunehmen.

2. Die letztwilligen Verfügungen zerfallen in zwei Kategorien: Testament und Erbverträge.

a) Ein Testament muß — wenn anders es nicht nichtig oder von den an einer Änderung der Erbfolge eventuell interessierten Personen anfechtbar sein soll — von einem testierfähigen (insbesondere über 16 Jahre alten) Erblasser auf Grund mängelfreien Willens in der gehörigen Form[3]) errichtet sein. Den Inhalt eines

---

[1]) Freilich mußte die Haftung des Erben in gewissem Maße beschränkt werden, sollte nicht, wie schon den Römern einleuchtete, unerträgliche Härte Platz greifen. Der Erbe ist von der Haftung für gewisse Deliktsschulden des Erblassers befreit; auch sonst sind ihm Mittel gegeben, durch die er seine Haftung beschränken kann, z. B. Beantragung eines Nachlaßkonkurses u. a. m. Alsdann haftet er im allgemeinen nur „nach Kräften des Nachlasses" (pro viribus hereditatis).

[2]) So das heutige deutsche Recht, im römisch-gemeinen gerade umgekehrt.

[3]) Für die Regel gerichtlich, notariell oder handschriftlich („holographisch").

Testaments können bilden: Einsetzung eines oder mehrerer Erben, Vermächtnisse, Auflagen, Ernennung eines Testamentsvollstreckers[1]). Die **Erbeseinsetzung** kann derart geschehen, daß der eingesetzte als „**Nacherbe**" erst dann Erbe wird, wenn zunächst ein anderer „**Vorerbe**" Erbe geworden ist. So kann man insbesondere noch nicht erzeugte Personen („meine ungeborenen, jedoch zu erwartenden Urenkel") einsetzen. Nicht mit dem Nacherben zu verwechseln ist der „**Ersatzerbe**" oder **Substitut**, d. h. eine Person, die für den Fall, daß ein Erbe (z. B. durch Tod) wegfällt, an dessen Stelle eingesetzt ist[2]).

Vermächtnis (legatum) ist eine Zuwendung, die dem Erben zu Gunsten eines Dritten auferlegt ist (auch ein Vermächtnis kann seinerseits mit einem weiteren Vermächtnis, **Untervermächtnis**, beschwert werden). Der Bedachte (auch „Vermächtnisnehmer") hat gegen den Beschwerten einen forderungsrechtlichen Anspruch auf das Vermächtnis. Auch bezüglich der Vermächtnisse besteht das Recht der Ausschlagung für den Bedachten, durch dessen Gebrauch derselbe natürlich von Untervermächtnissen u. dergl. Lasten frei wird.

Die **Auflage** stellt eine ähnliche Beschwerung des Erben bezw. Vermächtnisnehmers dar[3]), nur erlangt niemand einen eigenen Anspruch auf Vollziehung derselben. Es können aber Personen, welche an dem Wegfall des Beschwerten ein Interesse haben, eventuell die öffentliche

---

[1]) Selbst eine einzige dieser Inhaltsarten genügt, insbesondere ist eine Erbeseinsetzung nicht notwendiges Erfordernis. Ist z. B. nur ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet, so sind mit dem Vermächtnis oder der Auflage eben die gesetzlichen Erben belastet.

[2]) Die Regel ist, daß die Anteile weggefallener Erben den übrigen im Verhältnis der ihnen an der Erbschaft zustehenden Bruchteile „anwachsen" (sogenannte Akkreszenz).

[3]) Z. B.: Mein Erbe A. soll alljährlich mein Grab schmücken, oder: 1000 Mark an die Armen geben u. s. w.

Behörde die Vollziehung verlangen: durch Nichtvollziehung geht der Beschwerte seines Erbrechts (bezw. Vermächtnisanspruches) verlustig.

b) Erbverträge können Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen zum Inhalt haben. Sie sind weit seltener als die Testamente. Erbverträge mit gegenseitiger Einsetzung, sogenannter „Erbverbrüderung" waren unter Fürstenhäusern beliebt, als diese noch über die Thronfolge nach privatrechtlichen Grundsätzen verfügen konnten.

3. Das Recht der letztwilligen Verfügung ist insoweit beschränkt, als der Erblasser einem engeren Kreis seiner gesetzlichen Erben, nämlich Abkömmlingen, Eltern und dem Ehegatten (mindestens) den sogenannten Pflichtteil hinterlassen muß. Ward dies versäumt, so können die Pflichtteilsberechtigten den Betrag des Pflichtteils als Erbschaftsgläubiger von dem Erben fordern. Allerdings kann der Erblasser einem Berechtigten wegen schwerer Verfehlung gegen ihn (z. B. Lebensnachstellung, Mißhandlung, Ehebruch) den Pflichtteil entziehen. (Enterbung, exheredatio.)

4. Gewisse Untaten (Tötung oder versuchte Tötung des Erblassers, Zwang gegen denselben, um ihn zu letztwilliger Verfügung in bestimmtem Sinne zu nötigen u. a. m.) ziehen für den Schuldigen sogar die Erbunwürdigkeit nach sich, kraft deren seine Erbberechtigung von jedem, dem sein Wegfall zu statten kommt, angefochten werden kann, es sei denn, daß der Erblasser verziehen habe.

5. Gesetzliche, sowie eingesetzte Erben können durch Vertrag mit dem Erblasser verzichten (Erbenverzicht); endlich kann jeder Erbe ein ihm angefallenes Erbteil als ganzes verkaufen (Erbschaftskauf).

Zweiter Abschnitt.

§ 10. Handels-, Wechsel-, Schiffahrts- und Versicherungsrecht.

Quellen[1]): A. Handelsrecht. Reichshandelsgesetzbuch (H. G. B.) 1897, bloße Revision des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1861. Ältere: statuti dei mercatanti in den italienischen, ähnliche Ordnungen in den spanischen, französischen und Hansestädten. Die ältesten sind, da zuerst der Seehandel Berücksichtigung erfuhr, Seerechtsbücher, z. B. italienisch: tabula de Amalfi 11. Jahrhundert; französ.: Rôles de jugements d'Oléron 12. Jahrhundert; spanisch: consolat del mar 14. Jahrhundert; französ.: ordonnance de commerce 1673; ordonnance maritime 1681; code de commerce 1807. B. Wechselrecht: Wechselordnung. (Allgemeine deutsche von 1848, später Gesetz des nordd. Bundes und des Reichs.) Ältere zahlreich bis hinauf ins Mittelalter. C. Schiffahrtsrecht: Wie zu A. Dazu an Reichsgesetzen: Seemannsordnung, Strandungsordnung, Binnenschiffahrtsgesetz u. a. m. D. Über die privatrechtlichen Verhältnisse des Versicherungsrechts ist noch kein Reichsgesetz vorhanden.

A. 1. Das Handelsrecht ist Recht der Kaufleute. Das Bedürfnis nach sonderrechtlichen Normen für die Rechtsverhältnisse des Handels ist darin begründet, daß dieser, seiner Natur nach Geschäfte auf Geschäfte häufend, einer gelenkigeren prompter funktionierenden Regelung bedarf, als der schwerfällige bürgerliche Verkehr, in welchem die Zahl der auf die einzelnen Personen entfallenden Rechtsgeschäfte eine unvergleichlich geringere bildet. Und es kommt andererseits diesem Bedürfnis entgegen

[1]) In der einem jeden der folgenden wie diesem Paragraphen vorausgeschickten Quellenübersicht gelten das gemeine Recht und das allgemeine preußische Landrecht als unter den älteren Quellen durchweg zitiert. Beide werden nicht ausdrücklich erwähnt, weil sie grundsätzlich auf alle Rechtsteile sich erstrecken.

der Umstand, daß die Kaufleute, indem sie gewerbsmäßig sich bestimmten Geschäften widmen, sich auch feineren und reicher ausgestatteten Formen anzupassen vermögen. Daher bilden sie von den Geschäften des bürgerlichen Rechts eigentümliche Spielarten aus: so innerhalb des Kaufs die Börsengeschäfte, innerhalb der Anweisung den Scheck — weitere Beispiele wird der aufmerksame Leser an der Hand der folgenden Einzeldarstellung leicht selber konstatieren können — namentlich auf die Gliederung der Stellvertretungs- und der Gesellschaftsformen sei hier noch hingewiesen. In der rechtlichen Form der Geschäfte aber führt die Eigenart des Handelsrechts zu zwei heterogenen Erscheinungen: einmal nämlich drängt es zur Formlosigkeit: mag der geschäftsunkundige Bauer, Ritter oder Bürger bei Kauf- und Mietverträgen von einschneidender Bedeutung an Schriftlichkeit, eventuell sogar öffentliche gebunden sein, damit er sich vorsehe, was ausgemacht wird; der verkehrsgeübte Kaufmann kann ohne Fährlichkeit formlos abschließen, dadurch wird das schnelle Zustandekommen der Geschäfte außerordentlich erleichtert. In anderer Richtung aber drängt das Handelsrecht zur Formstrenge. Urkunden werden unter schwierigen Formen, die der gewöhnliche Privatmann nicht zu handhaben versteht, ausgestellt und in Verkehr gebracht, und der Schuldner ist strenge gebunden, wichtige Einreden fehlen ihm, die dem Schuldner des bürgerlichen Rechtes nie versagt sind. Auf dieser Formenstrenge beruht die dem Handel so dringend nötige prompte Durchsetzbarkeit der Ansprüche: wir weisen insbesondere auf den Wechsel hin.

Das bürgerliche Recht hat hinter dem Handelsrecht subsidiäre Geltung. Nach den soeben angestellten Betrachtungen ist das Handelsrecht eigentlich ein vorge-

schrittener Ausschnitt des Privatrechts[1]). Diese Beobachtung gilt allgemein, auch für die handelsrechtlichen Normen früherer Zeiten. Und ebenso gilt die zweite, daß von Zeit zu Zeit, wenn die Hebung des Verkehrs es fordert und der Fortschritt des Publikums in geschäftlichen Dingen es zuläßt, das bürgerliche Recht dem Handelsrecht nacheilt. Als Beispiel hierfür kann einmal der Sieg des ius gentium über das ius civile in Rom dienen[2]); vor allem aber die Übernahme zahlreicher Sätze aus dem allgemeinen Deutschen H. G. B. von 1861 in das B. G. B., so daß diese bei der Redaktion des Deutschen Reichs-H. G. B. 1897 fortgelassen werden konnten[3]). So wird zeitweise ein Teil des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht absorbiert, nachdem es ihm als sein Pionier vorangegangen.

2. Das Handelsrecht ist das für die Handelsgeschäfte geltende Recht. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmannes, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören[4])[5]). Der Kaufmannsbegriff ist vom Rechte scharf bezeichnet: Kaufmann ist, wer ein

---

[1]) Hiernach in Verbindung mit den eigenartigen Zwecken des Handels läßt sich das System des Handelsrechtes bestimmen. Den überwiegenden Teil wird natürlich das Handelsobligationenrecht bilden. Ihm treten zur Seite ein Handelssachenrecht, welches einen geringeren, und ein Handelspersonenrecht, welches wieder (wegen der Regeln über die Handelsgesellschaften, die Kaufmannseigenschaft, die Handlungsgehilfen, die Stellvertretung u. s. w.) einen bedeutenderen Raum einnimmt.

[2]) Vergl. Teil I Seite 69 ff.

[3]) Z. B. waren nach dem Preuß. A. L. R. Käufe in Höhe von über 150 Mark schriftlich abzuschließen, nur der Handelskauf war nach dem allgemeinen H. G. B. formlos. Nun führte das B. G. B. allgemein die Formlosigkeit des Kaufes ein. Das R. H. G. B. von 1897 brauchte also darüber nichts mehr zu bestimmen.

[4]) Sie sind zweiseitige, wenn beide Parteien Kaufleute sind, einseitige, wenn dies nur bei der einen Partei der Fall ist. In welchem Maße alsdann Handels- und Bürgerliches Recht zur Anwendung kommt, bestimmt sich nach nicht ganz einfachen Regeln.

[5]) Zum Gewerbebetriebe gehören nicht nur die dem eigentlichen Geschäftszweck gewidmeten „Grundhandelsgeschäfte“, sondern auch die „Nebenhandelsgeschäfte“, z. B. die Anstellung eines Handelsgehilfen.

Handelsgewerbe betreibt. Und zwar ipso iure, wenn das Gewerbe zum Gegenstand hat: a) den Umsatz von Waren und Wertpapieren, b) Ver- und Bearbeitung von Waren im Großbetriebe (z. B. chemische Reinigung), c) Versicherung gegen Prämie, d) Bank- und Wechselgeschäft, e) Güter- oder Personentransport, Kommissionärs-, Spediteurs- und Lagerhaltergeschäft, f) Agentur- und Mäklergeschäft, g) Druckerei im Großbetrieb. Alle sonstigen Handelsgewerbetreibenden können durch Eintragung der Firma ins Handelsregister[1]) Kaufleute werden, welche jedoch bei solchen Unternehmungen, die nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb erfordern, vom Staate durch Ordnungsstrafen erzwungen wird. Kaufmann ist auch jede Handelsgesellschaft. Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Handelsbücher ordnungsmäßig zu führen[2]), er muß auch beim Beginn seines Handelsgewerbes und zum Schluß jeden Geschäftsjahres ein Inventar aufstellen und eine Bilanz ziehen.

3. Der Kaufmann pflegt sein Geschäft nicht allein, sondern mit Handlungsgehilfen zu betreiben. Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handlungsgeschäft gegen Entgelt angestellt ist zur Leistung kaufmännischer Dienste. Wer technische Dienste leistet (Ingenieur, Chemiker, Redakteur, Koch, Kellner), ist nicht Handlungsgehilfe. Das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen charakterisiert sich juristisch als eine besonders geregelte Dienstmiete. Zu den letzteren zählen auch die Handlungslehrlinge, bei welchen zu den sonstigen Verpflichtungen des Prinzipals noch die zur Unterweisung in den kaufmännischen Arbeiten hinzutritt.

---

[1]) Bei den Amtsgerichten geführt; geschichtliche Anfänge des Handelsregisters in den italienischen Städten des 13. Jahrhunderts.

[2]) Das Kleingewerbe ist hiervon entbunden.

4. Vielfach sind die Handlungsgehilfen zur Vertretung des Prinzipals in den Geschäften der Handlung ermächtigt („Handelsvollmacht“), namentlich auch Reisende. Alsdann können sie alle Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, die der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Vollmacht kann auch für eine bestimmte Art oder einzelne Geschäfte erteilt werden. Der Prinzipal erteilt und beschränkt die Vollmacht nach Belieben. Anders bei der Prokura[1]), einer besonderen Art der Vollmacht, die ins Handelsregister eingetragen werden muß. Der Prokurist ist zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ermächtigt, und jede Beschränkung der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam; der Prinzipal muß Geschäfte des Prokuristen, auch wenn er ihm etwa den Abschluß eines derselben verboten hätte, anerkennen[2]).

5. Das Recht der Handelsgesellschaften ist fast durchweg germanistisch gestaltet; die Anfänge liegen in den italienischen Städten des Mittelalters. Drei von den verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften sind einfache Gesellschaften, also ohne juristische Persönlichkeit[3]): a) Die offene Handelsgesellschaft, die gewöhnliche Gemeinschaft zweier oder mehrerer Personen zu Handelszwecken; die Gesellschafter sind am Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand beteiligt, für die Gesellschaftsschulden haften sie als Gesamtschuldner und zwar unbeschränkt persönlich ein jeder mit seinem gesamten (auch Privat-) Vermögen. Die Geschäftsführung

---

[1]) Im Kleingewerbe gibt es keine Prokura.

[2]) Wie hierdurch das innere Verhältnis zwischen Prinzipal und Prokurist berührt wird, ob etwa dieser jenen entläßt oder sich von ihm eine Strafe zahlen läßt ꝛc., ist eine andere Frage.

[3]) Vergl. über diesen Begriff Seite 28f. u. 39ff.

sowie die Vertretung nach außen steht ihnen im allgemeinen zu gleichen Rechten zu. b) Die Kommanditgesellschaft; hier zerfallen die Gesellschafter in zwei Kategorien: der Komplementar haftet für die Gesellschaftsschulden persönlich und führt die Geschäfte; der Kommanditist haftet nur bis zur Höhe seiner im Gesellschaftsvertrag bestimmten Einlage. Der Kommanditisten wie der Komplementare können in einer Gesellschaft auch mehrere sein. c) Die stille Gesellschaft. Hier stehen einander der Geschäftsinhaber und der ähnlich dem Kommanditisten mit einer Einlage beteiligte stille Gesellschafter gegenüber. Es gibt aber hier weder eine Gesellschaftsfirma, noch ist ein Gesellschaftsvermögen und entsprechende Gesellschaftsschulden zu konstatieren, sondern nur Vermögen des Inhabers, in welches die gezahlte Einlage des Stillen bezw. die Forderung auf die noch nicht gezahlte hineinfällt. Vier weitere Formen der Handelsgesellschaft sind dagegen Verbandspersönlichkeiten: d) Die Aktiengesellschaft. Die Aktionäre haften nur mit der Aktie, bezw. wenn sie noch nicht voll eingezahlt ist, bis zur Höhe der Aktie, die regelmäßig nicht unter 1000 M. beträgt. Die Aktien haben Wertpapierqualität und zwar sind sie meist Inhaber- oder Namenaktien, aber auch Aktien an Order kommen vor. Organe[1]) der Gesellschaft sind die Generalversammlung, der Vorstand und der Aufsichtsrat. Der Vorstand führt die Geschäfte und vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung in allen Zweigen zu überwachen, er kann die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten mit den Vorstandsmitgliedern

---

[1]) Über den Organbegriff vergl. Seite 42 ff.

vertreten. Aktiengesellschaften waren es, welche schon in den italienischen Städten, in den Niederlanden u. s. w. sich in überseeischem Handel und Kolonisation betätigten, und heutzutage ist die Aktiengesellschaft die Hauptform der großen industriellen und kommerziellen Unternehmung. — e) Die Aktienkommanditgesellschaft ist eigentlich eine Spielart der Kommanditgesellschaft, bei welcher aber das Kapital der Kommanditisten in Aktien verteilt ist und demgemäß die umfassenden Vorschriften des Aktienrechts zur Anwendung kommen. f) Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft die Form für kleinere Unternehmungen[1]), und zwar eine neue, in der deutschen Gesetzgebung erzeugte Form ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht. Hier haftet jeder Gesellschafter nur auf eine bestimmte, ihrer Höhe nach ins Handelsregister eingetragene Summe, z. B. einer auf 10000, einer auf 20000, einer auf 50000 Mark. g) Die eingetragenen Genossenschaften, auch „Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften", als Vorschuß-, Kredit-, Konsumvereine, Produktiv- und Absatzgenossenschaften, sind ein Werk der modernen sozialpolitischen Gesetzgebung (Schulze-Delitzsch); die Beiträge sind klein, der Mitgliederbestand fluktuierend, des näheren kann auf ihre juristische Struktur hier nicht eingegangen werden[2]).

6. Es gibt auch Persönlichkeitsrechte, die als handelsrechtliche bezeichnet werden können, nämlich das Firmenrecht, das im H. G. B. selbst detailliert geregelt ist und, obwohl auch Nichtkaufleuten zugänglich,

[1]) So war sie ursprünglich gedacht, ist aber mehr und mehr auch für manche Arten großer Unternehmungen in Aufnahme gekommen z. B. für den Zeitungsverlag.

[2]) Als eingetragene Genossenschaften pflegten sich bislang auch die (h) Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit zu konstituieren. Nach dem Gesetz betr. die privaten Versicherungsunternehmungen von 1901 müssen sie sich künftig eine dem Recht der Aktiengesellschaft angenäherte Verfassung geben.

das Warenzeichenrecht und der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Wir verweisen bezüglich ihrer auf Seite 34 f. u. 57[1].

7. Im Handelssachenrecht ist vor allem der Eigentumserwerb durch Ladeschein, Lagerschein und Konnossement merkwürdig, ferner ist das Zurückbehaltungsrecht im Handelsrecht derartig sachenrechtlich gestaltet, daß der Retinierende sich durch Verkauf des Retentionsguts nach pfandrechtlichen Grundsätzen wegen seiner Forderung befriedigen kann, endlich sind auch eigenartige Pfandrechtssätze vorhanden.

8. Handelsobligationenrecht. a) Der Handelskauf ist in mannigfacher Beziehung (z. B. Mängelrüge) feiner und gelenkiger gestaltet als der Kauf des bürgerlichen Rechts. Besondere Eigenart nimmt er auf Messen, Märkten und Börsen an, namentlich spielen Termingeschäfte (Fixgeschäfte) hier eine Rolle. Es reihen sich eine Anzahl Geschäfte an, welche, der Konstruktion nach im allgemeinen Dienst- oder Werkmiete, nicht direkt, wie der Kauf, sondern nur mittelbar dem Warenaustausch dienen: das Kommissions-, Agentur-, Mäkler-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäft. b) Der Kommissionär übernimmt es gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen („Kommittenten") in eigenem Namen zu kaufen. c) Der Handlungsagent vermittelt auf Grund bestimmter Vertragsverhältnisse für andere Geschäfte oder schließt solche im Namen anderer ab. d) Der Handelsmäkler besorgt gewerbsmäßig die Vermittelung von Geschäften des Handelsverkehrs, wo er die Gelegenheit findet, ohne auf Grund von Vertragsverhältnissen mit bestimmten Personen in fester (dauernder) Verbindung zu stehen. Alle drei haben natürlich für ihre Mühewaltung auf Vergütung (Provision) An-

spruch. e) Der Lagerhalter übernimmt gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung[1]) von Gütern. Der Einlagerer kann sich von ihm einen an Order lautenden Lagerschein ausstellen lassen und dann das Lagergut an jeden beliebigen einfach dadurch veräußern, daß er den Schein auf dessen Namen indossiert. g) Der Spediteur besorgt gewerbsmäßig Gütersendungen. Er bewirkt aber den Transport nicht selbst (oder wenigstens nicht in der juristischen Eigenschaft des Spediteurs), sondern dieses tut der h) Frachtführer. Derselbe kann vom Absender einen Frachtbrief, der Absender wiederum vom Frachtführer einen Ladeschein sich ausstellen lassen. Dieser kann an Order lauten und hat alsdann entsprechende Wirkungen, wie wir sie beim Lagerschein aufgezeigt. i) Besonderer Regelung unterliegt die Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen und (k) zu Schiffe (Seetransportgeschäft). Der Ladeschein des Seefrachtgeschäftes ist das Konnossement, das fast immer an Order lautet und so dem Absender bequemste Verfügung über das schwimmende Gut ermöglicht. l) Was die übrigen Schuldverhältnisse betrifft, so erhält einige wenige Zusätze im Handelsverkehr noch die Bürgschaft (Verschärfungen!). m) Reicher ist das Recht der Anweisung ausgestattet. Namentlich die Schecks treten neuerdings unter den kaufmännischen Anweisungen[2]) stark hervor, in wechselähnlichen Formularen ausgestellt, können sie wie der

---

[1]) Von sonstigen Verwahrungsgeschäften interessiert das (f) Bankverwahrungsgeschäft, durch welches ein Kaufmann die Verwahrung von Wertpapieren übernimmt, geregelt durch das „Depotgesetz“ von 1896.

[2]) Die Anweisungen eines Kaufmannes, aber auch gewöhnliche Schuldscheine eines solchen können, wenn auf Geld, Wertpapiere oder andere fungible Sachen lautend, an Order gehen. Daher waren „kaufmännische Anweisung“ u. desgl. Verpflichtungsschein Seite 82[3] unter den Orderpapieren aufzuzählen.

summe) für den Fall, daß ein ungewisses Ereignis bestimmter Art eintritt, welches für den Versicherungsnehmer, oder eine dritte („versicherte") Person der Regel nach einen Geldbedarf begründet. Der Abschluß ist prinzipiell formlos, erfolgt aber in praxi durchweg schriftlich nnd zwar durch Austausch zweier Urkunden. Der Versicherer übergibt dem Versicherungsnehmer den Versicherungsantrag („Deklaration") und empfängt von ihm den Annahmeschein („Police"). Auf Grund der Parteivereinbarung kann letztere Wertpapierqualität erhalten. Insbesondere geht die Seeversicherungspolice häufig an Order.

III. Buch.

Öffentliches Recht.

Erster Abschnitt.

§ 11. Zivilprozeß und Konkurs.

A. Zivilprozeß.

Quellen: Reichszivilprozeßordnung 1877/1898. Reichsgerichtsverfassungsgesetz 1877/1898. Ältere: Reichskammergerichtsordnungen 1495 und 1555; Reichsabschiede, insbesondere der jüngste 1654. Preußische allgemeine Gerichtsordnung 1793. Code de procédure 1806. Hannoversche Zivilprozeßordnung 1850, die hervorragendste, auf Grund der Rezeption französischen Rechts hergestellte Kodifikation und Vorbild der Reichszivilprozeßordnung. — Reichsgesetz betr. die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit 1898.

1. Prozeß ist das rechtlich geordnete Verfahren in streitigen Sachen. Man unterscheidet nämlich unter den den Gerichten zugewiesenen Rechtssachen Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (iurisdictio contentiosa), d. h. die Zivil- und Strafprozesse, von denen der freiwilligen, (auch „vorbeugenden") Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria). In diesen findet gar kein Rechtsschutz statt, sondern Rechtsbegründung, es handelt sich also nicht um erkennende, schlichtende Tätigkeit, sondern nur um Rechtsgeschäfte in solenner Form — welche freilich bei unentwickeltem Rechtszustande sich von der prozessualen nicht unterscheidet, einen Scheinprozeß darstellt — wir haben es hierbei also eigentlich mit einer polizeilichen Tätigkeit zu tun, welche nur um ihrer eigentümlichen Anknüpfungen an die Privatrechtssphäre willen den Gerichten (und zwar in erster Instanz fast ausschließlich den Amtsgerichten) übertragen ist, mit einer

Mitwirkung des Staats bei Rechtsgeschäften, die derselbe teils zur Wahrung seiner materiellen Eigeninteressen, teils um der Sicherung der Rechte willen sich vorbehält. Es gehören der freiwilligen Gerichtsbarkeit an: **Vormundschaftssachen** und **Adoptionsangelegenheiten**, **Personenstands**- **Nachlaß**- und **Teilungssachen**, ferner (**Schiffs**-, **Handels**-, **Vereins**-, **Güterrechts**)-**Registersachen**, endlich das Beurkundungsverfahren bei Rechtsgeschäften, für welche der gerichtliche Abschluß vorgeschrieben (also besonders Grundbesitz betreffend). Auf diesem Gebiete sind konkurrierend mit den Amtsgerichten die **Notare** tätig.

2. Die beiden Kategorien des Prozesses, welche die heutige Wissenschaft unterscheidet: Zivil- und Strafprozeß sind um ihrer verschiedenartigen Zwecke willen auf sehr verschiedene Prinzipien aufgebaut. Im Zivilprozeß werden rein private, im Strafprozeß öffentliche Interessen, Interessen der Gesamtheit zur Geltung gebracht. Deshalb wird die Eröffnung und Durchführung des Strafprozesses in der Regel vom Staate selbst in die Hand genommen: für Zivilsachen würde sich dies wenig schicken! Wenn jemand sich bei einer Verletzung seines Privatinteresses beruhigt und nicht klagen will, so ist das seine Sache und wäre es ein unerträglicher Zwang, wenn ohne, ja wider seinen Willen die Gerichte mit der Sache befaßt würden. Deshalb sind die Parteien auch während des ganzen Prozesses in ihrem Handeln frei, sie können ein Ruhen desselben vereinbaren, sogar jeder Zeit sich aus der Sache ganz zurückziehen; und zwar nicht bloß durch prozessuales Verhalten, sondern auch durch materiell[1]) wirkende „Dis-

[1]) Vergl. die Bemerkungen über formelle und materielle Rechtskraft Seite 64 und über den Begriff des formellen und materiellen Rechtes Teil I Seite 37.

positionen in der Sache selbst" (Anerkenntnis, Vergleich, Verzicht). Deshalb ist auch der Richter an die Anträge der Parteien gebunden; er darf keine unbeantragte prozessuelle Handlung von Amts wegen vornehmen (ne procedat iudex ex officio) und auch keiner Partei mehr zuerkennen als sie verlangt (ne eat iudex ultra petita partium). Die Parteien disponieren über den Fortgang des Prozesses. Genau das entgegengesetzte Bild im Strafprozeß, von Amts wegen (ex officio) nimmt die Behörde alle Handlungen vor, welche dem notwendiden Ziel des Verfahrens entgegenführen[1]: der Strafprozeß wird von der Offizialmaxime mit amtlichem Betriebe, der Zivilprozeß von der Dispositions- oder Verhandlungsmaxime mit Parteibetrieb beherrscht. Die Dispositionsmaxime aber wäre des besten Teils ihrer Wirkung beraubt, wäre es nicht den Parteien verstattet, auch das dem Erkenntnis zu grunde zu legende Material (die Beweisgründe) nach ihrem Belieben herbeizuschaffen, bezw. damit zurückzuhalten. Da dies der Fall ist, so ist der Richter nicht bloß an die Anträge, sondern auch an die Vorträge der Parteien gebunden, er darf von Amts wegen nichts ermitteln, sondern muß sich auf die von den Parteien beigebrachten, ev. durch Beweis zu höherer Wahrscheinlichkeit erhobenen Tatsachen beschränken; eine nur formelle Wahrheit liegt dem Urteil zu grunde: was nicht bestritten wird, gilt als zugestanden, und was zugestanden ist, hat der Richter als wahr zu unterstellen. Damit ist die Akkusations- oder Anklagemaxime zum Prinzip erhoben, die Inquisitions- oder Untersuchungsmaxime verworfen. Ganz anders im Strafprozeß: Sein Ziel verlangt reine Wahrheit, so rein als möglich, vor

[1]) Vergl. aber unten Seite 132 ff.

allem eine über die Willkür der Parteidisposition erhabene, eine materielle Wahrheit. Unbekümmert um das vom Ankläger oder Angeklagten vorgebrachte Material hat der Richter nach ihr zu forschen, ihm steht anheim wieviel Glauben er einem Geständnis beimessen will, von Amts wegen hat er seiner Einsicht zugänglich zu machen, was immer ihm erheblich scheint: die Inquisitionsmaxime ist das grundlegende Prinzip der strafprozessualen Wahrheitsermittelung: nur daß man durch künstlichen Parteibetrieb die technischen Vorteile des Anklageprinzips sich nutzbar gemacht hat[1]. Vergl. Seite 131.

3. Zivilgerichte erster Instanz sind die Amtsgerichte (mit einem Einzelrichter besetzt) und die Zivilkammern der Landgerichte (drei Richter), für Handelssachen bestehen an vielen Landgerichten Handelskammern (ein gelehrter Richter als Vorsitzender, 2 kaufmännische Notabeln — „Handelsrichter" — als Beisitzer, alle drei mit gleichem Stimmrecht.) Was die sachliche Zuständigkeit anbetrifft, so sind den Amtsgerichten Sachen bis zu 300 Mark Streitwert, und außerdem ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes gewisse Sachen zugewiesen, die einer besonders schleunigen Erledigung sowohl fähig als bedürftig sind[2]. Insbesondere

---

[1] Alle diese Prinzipien sind aber durchaus nicht allgemeingültig, sondern positiv; das hier vorgetragene ist modernes deutsches Recht; ihre Verwirklichung in älteren Gesetzgebungen ist von der heutigen sehr verschieden. Ursprünglich herrschen in beiden Prozessen — insbesondere so lange der Rechtsgang in Zivil- und Strafsachen noch ungetrennt ist — Dispositionsmaxime und Anklageprinzip; später werden sie ganz von Offizial- und Inquisitionsmaxime überwuchert; die heutige Theorie tritt als Rückschlag gegen diesen Zustand auf. — Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist aus guten Gründen noch heute vorwiegend von der Offizial- und auch von der Inquisitionsmaxime beherrscht.

[2] Z. B. Miets-, Wirtszechen-, Fuhrlohn-, Viehmängelstreitigkeiten.

aber sind sie für alle Zwangsvollstreckungen, für den Konkurs und für das Aufgebotsverfahren ausschließlich zuständig, die übrigen Sachen gehören den Landgerichten. Die örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) unterliegt einer eingehenden Regelung.

4. Der Rechtsschutz umfaßt alle Rechtsgenossen, deshalb ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Aber nicht jede parteifähige Person kann Prozesse führen: prozeßfähig, d. h. fähig selber oder durch einen Vertreter vor Gericht aufzutreten ist nur, wer sich durch Verträge verpflichten kann. Mitunter sind auf einer Partei mehrere Personen — Streitgenossen — am Prozeß beteiligt, mitunter auch treten Dritte hervor — intervenieren —, welche an dem streitigen Recht ihrerseits beteiligt zu sein angeben; beide Fälle komplizieren die Prozeßführung, und daher bestehen besondere Vorschriften darüber. Die Prozeßvertretung geschieht vorwiegend durch Rechtsanwälte, im Prozeß an den Land- und allen höheren Gerichten kann die Partei nur durch Vermittlung eines solchen auftreten („Anwaltszwang")[1].

5. Uraltes, nirgends fehlendes Recht ist es, daß die Kosten des Rechtsstreits der unterliegende Teil zu tragen hat. Freie Justiz wird nicht gewährt. Der Kläger, der leichtsinnig vorging, der böswillig oder unbedacht leugnende Beklagte, er mag dafür büßen, daß er über den im guten Recht befindlichen Gegner die Plage des Prozesses heraufbeschwor. Kein Staat könnte die Fülle der Prozesse bewältigen, träfe den Unterliegenden keine andere Gefahr, als im schlimmsten Falle zu verlieren, was er sich zu Unrecht angemaßt. Natürlich kann bei beider-

[1]) Man sagt, der Landgerichtsprozeß sei „Anwaltsprozeß", der amtsgerichtliche „Parteiprozeß". — Referendare von 2 Jahren Dienstalter können Anwälte vertreten.

seitigem Unrecht entsprechende Verteilung stattfinden. Aber der Rechtsschutz darf wegen der Kosten nicht für den Armen unzugänglich gemacht werden; durch Erlangung des „Armenrechts“ kann dieser sich vorläufige Befreiung von den Kosten sichern.

6. Die Prozeßverhandlung untersteht den Prinzipien der Öffentlichkeit[1]) und Mündlichkeit. Aber die Parteien sollen vor den Terminen durch Schriftsätze, die sie sich gegenseitig zustellen, einander von dem beabsichtigten Vorbringen unterrichten.

7. Der Gang der Verhandlung ordentlichen Prozesses ist folgender: Der Kläger erhebt die Klage durch Zustellung des Klageschriftsatzes an den Beklagten nebst Ladung zu einem vom Vorsitzenden des Gerichts anzuberaumenden Termin. Das Gericht erhält von der Klage wie von allen Schriftsätzen Duplikate. Im Termin wird die Sache alsdann mündlich verhandelt sofern nicht von den Parteien zwecks weiterer Vorbereitung der Sache Terminsverlegung vereinbart oder vom Gericht aus irgend welchen Gründen Vertagung angeordnet wird. Erachtet das Gericht die Sache für spruchreif, so erkennt es sofort oder setzt einen Termin zur Urteilsverkündung an, „Publikationstermin“. Es kann auch über einen Teil des Anspruchs auf Antrag vorab entscheiden. (Teilurteil.) Erkennt eine Partei den streitigen Anspruch an, so kann die andere ein Anerkenntnisurteil beantragen, versäumt sie obwohl geladen, einen Termin, so kann Versäumnisurteil, nach dem Antrag des Gegners lautend, ergehen. Die Rechtfertigung des Versäumnisurteils liegt einmal in der Hinderung der Prozeßverschleppung, anderseits darin, daß die Versäum-

[1]) Welche wegen Gefährdung der öffentl. Ordnung, insbes. des Staats, der Sittlichkeit ausgeschlossen werden kann.

nis einer Verfügung in der Sache selbst verglichen werden kann.

Ein wichtiger Bestandteil der Verhandlung ist der Beweis. Beweismittel sind: Richterlicher Augenschein, Urkunden, Zeugen, Sachverständige und Eid. Der Richter hat aber die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen; alle „Beweistheorien", durch welche rechtlich vorgeschrieben, wann ein Beweis geglückt sei und wann nicht — Überbleibsel des formellen Beweisrechts —, sind beseitigt.

8. Alle Endurteile unterer Instanzen sind binnen bestimmten Fristen durch Rechtsmittel anfechtbar. Die Berufung geht von den Amtsgerichten an die Landgerichte, von den Landgerichten als erster Instanz an die Zivilsenate der Oberlandesgerichte. Mittels ihrer können sowohl neue Tatsachen als auch Anfechtung der Rechtsgründe des ersten Urteils vorgebracht werden. Die Revision dagegen, welche im Prinzip nur bei Sachen von über 1500 Mark Streitwert (summa revisibilis) von den Oberlandesgerichten an das Reichsgericht ergeht, duldet nur die Rüge an Rechtsverstößen, neue Tatsachen können nicht vorgebracht werden. Ist die Revision begründet, so ist die Sache in den meisten Fällen an die Berufungsinstanz zurückzuverweisen, seltener vom Revisionsgericht selbst zu entscheiden[1]. — Urteile aber ergehen im Prozeß

[1] Der „Einspruch" gegen Versäumnisurteile ist kein „Rechtsmittel" im technischen Sinne. Er hat die Wirkung, daß, wenn er form- und fristgerecht eingelegt ist, der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich befand. In neuer Verhandlung ergeht dann ein Urteil, das je nach Lage der Sache das Versäumnisurteil aufhebt oder es aufrecht erhält. Ein besonders schwerwiegender Unterschied des Einspruches von den Rechtsmitteln ist, daß ihm zwei Eigenschaften fehlen, die diesen im Prinzip anhaften: der Suspensiveffekt, d. i. die Eigenschaft, den Gang der Vollstreckung zu hemmen, und der Devolutiveffekt, d. i. die Befassung der höheren Instanz mit der Sache.

nur, soweit die Streitsache selbst — materiell — verhandelt wird, in rein prozessualen Angelegenheiten ergehen, soweit es sich nicht um die Zuständigkeit des Gerichts handelt, Verfügungen, Beschlüsse; gegen diese besteht das Rechtsmittel der Beschwerde, die übrigens auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben ist. Eventuell ist sie durch weitere Beschwerde in eine höhere Instanz verfolgbar.

9. Eine nicht oder nicht erfolgreich angefochtene Entscheidung erlangt Rechtskraft. — Ihre Folgen sind bereits oben (Seite 64) bezeichnet[1]); doch ist die Zwangsvollstreckung hier zu schildern. Ihr Mittel für den Fall, daß der Schuldner dem Urteil nicht Folge gibt, ist, seitdem man die Personalexekution, d. i. die Angreifung der Person des Schuldners (historische Entwickelung: Tötung, Verknechtung, Schuldhaft) beseitigt hat, allein die Pfändung (Realexekution).

Nicht bloß bewegliche und unbewegliche Sachen, auch Forderungen können gepfändet werden; sie werden dem Gläubiger zwecks Befriedigung überwiesen, es ist dies ein Fall der cessio necessaria, (vergl. oben Seite 84). Aber die „Kahlpfändung“ ist verboten; das Notwendigste zum Lebensunterhalt muß der Schuldner behalten. Ansprüche auf ein Dulden oder Unterlassen[2]) werden dergestalt vollstreckt, daß der Schuldner für jede Störung bezw. Zuwiderhandlung Strafe zahlen muß. Durch das Manifestationsverfahren (Offenbarungseid, evtl. durch Haft erzwingbar) kann der Schuldner gezwungen

---

[1]) Unter gewissen Umständen — schwerer Verletzung der grundlegenden Verfahrensvorschriften - oder Entdeckung eines Meineides in dem Prozeß bezw. einer neuen rechtserheblichen Urkunde, kann eine Wiederaufnahme des Verfahrens noch nach rechtskräftiger Entscheidung erfolgen.

[2] Ich bin z. B. verurteilt, die Legung einer Wasserleitung über mein Grundstück zu dulden oder die Herstellung und den Verschleiß eines meinem Gegner patentierten Gegenstande zu unterlassen.

werden, eine Übersicht über seinen Vermögensbestand zu geben, damit derselbe dem Zugriff des Gläubigers offen werde; Arrest (dinglicher, wenn nur Sachen des Schuldners beschlagnahmt werden, persönlicher, wenn er selber festgehalten wird) dient dazu, die drohende Entziehung der dem Gläubiger erreichbaren Befriedigungsmittel seitens des Schuldners zu hindern; einstweilige Verfügungen, welche einen streitigen Zustand vorläufig bis zu weiterem Verfahren regeln, sichern nötigenfalls Ruhe und Frieden bis zum endgültigen Abschluß des Rechtsstreits[1]).

10. Außerordentliche Verfahrensarten sind: a) Der Urkunden- und Wechselprozeß, ein summarisches Verfahren zwecks promptester Durchsetzung des streitigen Rechts: nur Urkunden und Eid sind als Beweismittel zugelassen. Es bleibt aber der Partei im Falle ungünstigen Ausgangs der Rückzug auf das ordentliche Verfahren.

b) Verfahren betreffend Ehestreitsachen, Entmündigungssachen, Feststellung des Eltern- bezw. Kindesverhältnisses. In ihnen allen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt[2]), weil Interessen der Gesamtheit im Spiele sind. Deshalb greift auch die Offizialmaxime in beträchtlichem Maße Platz, besonders in Ehesachen. Wäre doch z. B. eine Ehescheidung allzu bequem, wenn hier formelle Wahrheit allein maßgebend, wenn gar Disposition in der Sache

[1]) Sie sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Es wird z. B. durch einstweilige Verfügung festgelegt, welche Partei die Sache, um deren Eigentum gestritten wird, bis zur Entscheidung des Prozesses besitzen soll, oder ob eine Dienstbarkeit, deren Bestehen streitig ist, bis zu diesem Zeitpunkt vorläufig noch ausgeübt werden soll oder nicht u. a. m.

[2]) In Nachahmung kirchlicher Einrichtungen: hier trat im Eheprozeß ein defensor matrimonii von Amts wegen auf.

selbst zugelassen wäre oder Versäumnisurteile ergehen könnten!

c) Mahnverfahren mittels vom Gericht erwirkten Zahlungsbefehls, eventuell nachfolgenden Vollstreckungsbefehls. Letzterer wirkt wie ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Versäumnisurteil.

d) Aufgebotsverfahren (edictalia): berührt sich, wie auch die unter b genannten Sachen bereits ein wenig mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, doch ist es immerhin durch Urteil in mündlicher Verhandlung abzuschließen. So ergehen Urteile über die Kraftloserklärung verloren gegangener Urkunden, über Todeserklärung Verschollener, über Ausschließung nicht zu ermittelnder Nachlaß- oder Schiffsgläubiger u. s. w. Durch öffentliche Bekanntmachung wird den auszuschließenden Berechtigten eine Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte gestellt, versäumen sie diese, so haben sie „sich verschwiegen", und es ergeht das Ausschlußurteil nach Antrag.

e) Endlich können streitende Parteien durch Schiedsvertrag (compromissum) auf Entscheidung ihrer Sache durch ein privatim zu konstituierendes Schiedsgericht sich einigen. Entspricht der Vertrag, die Zusammensetzung und der Verhandlungsmodus gewissen gesetzlichen Anforderungen (insbesondere Berücksichtigung des audiatur et altera pars), so ist der Schiedsspruch vollstreckbar.

B. Konkurs.

Quellen des Konkursrechts: Reichskonkursordnung von 1877/1898. Ältere: Preußische Konkursordnung von 1852. Von Bedeutung für die Entwickelung des Konkursrechts waren außer dem gemeinen Rechte noch französisches und spanisches Recht. („Labyrinthus creditorum", einflußreiche konkursrechtliche Schrift des Salgado de Samoza).

Der Konkurs[1]) wird über das Vermögen natürlicher Personen bei Zahlungsunfähigkeit, über das juristischer schon bei Überschuldung derselben auf Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers durch das Gericht eröffnet. Dasselbe ernennt einen Konkursverwalter, der die Masse zu liquidieren hat, hält Gläubigerversammlungen ab (bisweilen fungiert auch ein Gläubigerausschuß) und bewirkt die Verteilung der Masse. Unter Umständen endigt der Konkurs in einen Zwangsvergleich, in dem die Majorität der Gläubiger es durchsetzt, daß auf Zahlung gewisser Prozentsätze der geschuldeten Summen akkordiert wird.

Das Konkursrecht enthält jedoch nicht nur prozessuale, sondern auch materiellrechtliche Vorschriften[2]) insbesondere über die Möglichkeit, Schiebungen des Gemeinschuldners, durch die er, den Vermögensverfall voraussehend, den Gläubigern Befriedigungsobjekte zu entziehen sucht, mittels Anfechtung unschädlich zu machen[3]), sowie Strafbestimmungen für leichtsinnige und betrügerische Bankerotteure.

---

[1]) Über Definition, Zweck und Stellung im System vergl. noch Teil I Seite 199.

[2]) Erstere ruhen auf der Basis der allgemeinen zivilprozessualen, (vergl. besonders die Regeln über die Beschwerde), letzteres der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften.

[3]) Sogenannte „paulianische Ansprüche“, weil ihre Grundlage eine actio Pauliana des römisch-gemeinen Rechtes bildet.

Zweiter Abschnitt.

Die Strafrechtswissenschaft.

§ 12. Das Strafrecht.

Quellen: Reichsstrafgesetzbuch von 1870 sowie die Strafbestimmungen zahlreicher Nebengesetze. Besonders: Preßgesetz, Postgesetz, Sprengstoffgesetz, Urheber- und Erfinderrechtsgesetze, Konkursordnung, Handelsgesetzbuch, Zoll- und Steuergesetzgebung. — Ältere: Peinliche Gerichtsordnung Karls V. 1532 (nach der Bambergischen von 1507). Codex iuris Bavarici 1751. Constitutio criminalis Theresiana (Österreich) 1768. Bayerisches Strafgesetzbuch 1813. Französischer Code pénal 1811, nach ihm gearbeitet das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, das Vorbild des Reichsstrafgesetzbuches. Das besonders strenge Militärstrafrecht ist in einem eigenen Gesetzbuch 1872 geregelt.

A. Strafrecht im objektiven Sinne ist die Summe der Strafrechtssätze, Strafrecht im subjektiven Sinne (ius puniendi) der staatliche Strafanspruch, welcher gegen den Verbrecher dadurch entsteht, daß derselbe eine mit Strafschutz versehene Norm übertritt. Anfänglich reagiert der Staat gegen Missetaten durch Friedloslegung oder durch Duldung der Fehde, durch welche sich der Verletzte Genugtuung sucht; erst allmählich hat er sich in den ausschließlichen Besitz der Strafgewalt gesetzt. Durch Erlaß der Strafgesetze erklärt er, daß er von dieser keinen schrankenlosen Gebrauch machen will. Dadurch wird der Willkür, die, namentlich wenn die Tat große Entrüstung hervorrief, zur Maßlosigkeit im Strafen neigt, eine wohltätige Grenze gesetzt, und mit Recht nennt v. Liszt das Strafrecht die magna charta des Verbrechers. — Die Grundbegriffe des Strafrechts sind Verbrechen und Strafe. Verbrechen ist die rechtswidrige,

schuldhafte, strafbare Handlung[1]). Strafe ist ein dem Verbrecher wegen des Verbrechens auferlegtes Übel.

B. **Allgemeiner Teil.** I. 1. Die strafbaren Handlungen (Delikte) zerfallen nach ihrer Schwere in Verbrechen im eigentlichen Sinne (Todesstrafe, Zuchthaus, Festungshaft von mehr als 5 Jahren), Vergehen (Festungshaft bis zu 5 Jahren, Gefängnis, Geldstrafe von mehr als 150 Mark) und Übertretungen (Haft, Geldstrafe bis 150 Mark.) Weitaus die meisten Tatbestände zeigen eine Verletzung von Verboten, sind also Begehungs- oder Kommissivdelikte, die Zahl der Unterlassungs- oder Omissivdelikte, bei welchen ein rechtliches Gebot (z. B. mir bekannte Mordpläne anzuzeigen) nicht befolgt wird, ist gering. Es gibt aber auch Kommissivdelikte durch Unterlassung (z. B. der Wärter läßt den ihm anvertrauten Kranken verhungern).

2. Das Verbrechen ist rechtswidrige Handlung. Es gibt aber Gründe, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen. Dies sind a) Notwehr (gegen jeden rechtswidrigen Angriff), b) Notstand, d. h. ein Zustand gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, aus dem es keine Rettung gibt ohne Verletzung von Rechtsgütern eines anderen. c) Auch für Handlungen, zu denen man durch Nötigung mit Gefahr für Leib und Leben gezwungen wird, ist man nicht verantwortlich. Ferner kommen in Betracht: d) Amts- und Dienstpflicht (Henkeramt), e) Erziehungsgewalt, f) Einwilligung des Verletzten: volenti non fit iniuria (mit bedeutenden Ausnahmen z. B. bei Tötung, Abtreibung u. s. w.)[2]).

---

[1]) Über den Handlungsbegriff S. 135 und Teil I S. 14 Anm.

[2]) Aus diesem Gesichtspunkt leiten manche die viel umstrittene Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes her. Andere konstruieren dazu ein Berufsrecht als weiteren besonderen Strafausschließungsgrund, mit dem sie dann z. B. auch die Straflosigkeit der Vivisektion rechtfertigen. Den

3. Das Verbrechen ist schuldhafte Handlung. a) Es gibt zwei Schuldarten: α) Vorsatz (dolus), d. i. die Voraussicht des durch die Handlung verursachten Erfolgs. Von dolus eventualis spricht man, wenn der Täter den Erfolg nicht als sicher, sondern nur als möglich voraussah, aber ihn billigte. β) Fahrlässigkeit dagegen liegt vor, wenn der Täter den Erfolg nicht voraussah, obwohl er ihn hätte voraussehen können oder müssen[1]).

b) Gewissen Personen können ihre Handlungen nicht oder nicht voll zur Schuld gerechnet werden, entsprechend sind: α) als Unzurechnungsfähige gänzlich straffrei sind Angeschuldigte, welche die Tat im Zustande von Geistesgestörtheit oder Bewußtlosigkeit oder im Alter unter 12 Jahren begingen; auch Jugendliche zwischen 12 und 18 Jahren und Taubstumme, wenn sie die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Einsicht nicht besaßen; besaßen sie dieselbe, so sind sie als β) Personen geminderter Zurechnungsfähigkeit immerhin mit milderer Strafe zu belegen: insbesondere dürfen Jugendliche nicht ins Zuchthaus kommen.

4. Das Verbrechen ist strafbares Unrecht. Es gibt aber ebenso wie Gründe, welche die Rechtswidrigkeit, und solche, welche die Schuld ausschließen, auch solche,

---

zutreffenden Grund gibt eine dritte Meinung an, die besagt, daß beim ärztlichen Eingriff keine Körperverletzung vorliegt, weil der vom Gesetz geforderte Vorsatz der Mißhandlung fehlt. Analog wäre bei der Vivisektion Fehlen des Tierquälereivorsatzes anzunehmen.

[1]) Vergl. auch Seite 79. An diese Stelle des Systemes gehört auch die Frage nach der Einwirkung des Irrtumes auf die Strafbarkeit einer Handlung. Derselbe macht die Handlung jedenfalls straflos, wenn er das Vorhandensein eines Tatbestandsmerkmals zum Gegenstande hatte (z. B. A vermeint eine Sache zu stehlen, hat sich aber in deren Eigenschaft als einer fremden geirrt, da es seine eigene Sache war. Oder er nimmt eine fremde Sache weg in der Überzeugung, seine eigene Sache vor sich zu haben). Dagegen nützt Gesetzunkenntnis nichts. — Im übrigen ist die Wirksamkeit des Irrtumes als Schuldausschließungsgrund sehr bestritten.

die, selbst bei Vorliegen von Rechtswidrigkeit und Schuld, die Strafbarkeit ausschließen. Strafausschließungsgründe bieten das Nichtvorliegen einer a) Strafbarkeitsbedingung (z. B. beim Ehebruch der Bedingung, daß die Ehe wegen desselben geschieden ist), alsdann ist freizusprechen; b) gewisser Prozeßvoraussetzungen[1]), alsdann ist das Verfahren einzustellen. Deren wichtigste ist der Antrag des Verletzten bei den sogenannten Antragsdelikten. Gewisse deliktische Handlungen werden nämlich mitunter vom Verletzten gar nicht übel aufgenommen (Beleidigungen, leichte Körperverletzungen u. s. w.) oder derselbe wünscht sie seinerseits der Öffentlichkeit vorzuenthalten (z. B. Verführung eines noch nicht 16jährigen Mädchens; Diebstahl, an Angehörigen begangen) oder beide Gründe treffen zusammen. Ist das Verbrechen selbst eines von jenen, an deren Ahndung der Gesamtheit nichts liegt, so wäre es jedesmal in einem solchen Falle ein höchst unerquickliches Schauspiel, wenn trotzdem das Verfahren seinen Gang nähme. Das Schwert der Gerechtigkeit darf nicht zu Lufthieben herabgewürdigt werden: das ist der Sinn der Zulassung von Antragsdelikten.

5. Ein Delikt kann im Versuch stecken bleiben. Dieser ist bei Verbrechen stets, bei Übertretungen nie, bei Vergehen dann strafbar, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Die Strafe ist milder als die des vollendeten Verbrechens, geht aber nie unter ein Viertel derselben herab. „Bloße Vorbereitungshandlungen“ (z. B. Laden des zum Morde bestimmten Gewehrs) sind straflos, aber ihre Grenze gegen den Versuch ist oft sehr schwer zu ziehen. Freiwilliger Rücktritt vom Versuch bezw. Abwendung des zur Handlung gehörigen Erfolges durch

---

[1]) Über diesen Begriff vergl. auch Teil I Seite 53 Anm.

den Täter, bevor dieselbe entdeckt war („tätige Reue“) ziehen Straflosigkeit nach sich.

6. Die strafbare Teilnahme an Delikten tritt in folgenden Arten auf: a) Mittäterschaft, wenn mehrere die Handlung gemeinschaftlich ausführen. Sämtliche Teilnehmer sind Täter und werden als solche bestraft. b) Beihilfe, wenn jemand dem Täter durch Rat und Tat zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens wissentlich Hilfe leistet. Die Strafe des Gehilfen ist gleich der Versuchsstrafe. c) Anstiftung. Wer einen anderen zu einer von ihm begangenen strafbaren Handlung durch irgendwelche Einwirkungsmittel (bloße Aufforderung genügt nicht) angestiftet hat, wird gleich dem Täter gestraft. d) Auch bloße Aufforderung zu einem Verbrechen, Annahme derselben oder Selbsterbietung dazu ist strafbar, auch wenn das Verbrechen nicht ausgeführt ist. e) Wegen Begünstigung ist strafbar, wer den Vollführer eines Vergehens oder Verbrechens der Strafe zu entziehen oder ihm Vorteile der Tat zu sichern sucht. f) Mitwisserschaft. Bei (begangenem) Menschenraub, Mord, Hochverrat, Landesverrat u. a. m. bezw. Versuch derselben sind Personen, welche trotz glaubhafter Kenntnis von dem Vorhaben des Verbrechens rechtzeitige Anzeige oder Warnung des Bedrohten unterlassen haben, strafbar.

7. Mitunter wird eine Mehrheit von Handlungen als eine Verbrechenseinheit aufgefaßt; z. B. wird es als ein einziges, „fortgesetztes Verbrechen“ bestraft, wenn der Diener täglich eine Zigarre aus dem Kistchen seines Herrn entwendet [1]. Direkt erforderlich ist die

---

[1] Mit dem fortgesetzten Verbrechen darf nicht verwechselt werden das Dauerdelikt, bei welchem das Aufrechterhalten eines Zustandes (das Eingesperrthalten bei der Freiheitsberaubung), und das Zustandsverbrechen,

Mehrheit der Handlungen beim Kollektivdelikt, welcher Begriff die drei Unterabteilungen des gewohnheits-, geschäfts- und gewerbsmäßigen (z. B. Glückspiels) umfaßt.

8. Es kann aber auch eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzen. Rührt dies daher, daß ein umfassenderes und ein spezielleres Gesetz in Frage kommt (z. B. über Urkundenfälschung überhaupt und über Urkundenfälschung seitens eines Beamten), (Gesetzeskonkurrenz), so kommt selbstverständlich nur das speziellere zur Anwendung. Anderenfalls, z. B. ein Vater verübt Notzucht an der Tochter, wobei die Notzucht mit Blutschande zusammentrifft, (sogenannte Idealkonkurrenz) wird nach dem schwersten der verletzten Gesetze geurteilt.

9. Kommen mehrere zu verschiedenen Zeiten begangene Delikte einer Person gleichzeitig zur Aburteilung (Realkonkurrenz), so wird die verwirkte schwerste Strafe als Einsatzstrafe festgesetzt und durch eine Zusatzstrafe soweit erhöht, daß sie die Summe aller verwirkten Strafen nicht erreicht.

II. 10. An Strafen besitzen wir seit Alters die Todesstrafe, die Geldstrafe und die Ehrenstrafe. Zu dieser rechnet außer der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und ähnliche Strafen auch der Verweis, auf den in besonders leichten Fällen gegen Jugendliche zu erkennen ist. Die Körperstrafen sind (gleich der „qualifizierten“, d. h. durch Martern verschärften Todesstrafe) beseitigt. Die Verbannung haben nur noch Frankreich und Rußland beibehalten. („Deportation“ nach Kolonien.) Seit etwa drei Jahrhunderten erst hat sich unser ausgedehntes System der Freiheitsstrafen ent-

---

bei welchem das Herbeiführen eines Zustandes strafbar ist (z. B. Eingehung einer Doppelehe. Körperverletzung mit Folge dauernden Siechtums).

wickelt, welches übrigens heutzutage als im höchsten Grade reformbedürftig erscheint. Zuchthaus ist entehrende Strafe mit Arbeitszwang, Gefängnis mit Arbeitszwang, aber an sich nicht entehrend, und Haft nicht entehrend und ohne Arbeitszwang. Festung ist custodia honesta.

11. Die bereits erkannte Strafe kann aufgehoben werden. Strafaufhebungsgründe sind a) die Begnadigung, „das Sicherheitsventil des Rechts“ (Jhering), ein nicht bloß juristisch nach mehreren Seiten hin (Strafrecht, Strafprozeß, Staatsrecht), sondern auch philosophisch und theologisch interessantes, daher auch viel „gerechtfertigtes“ Institut, b) die Verjährung sowohl des noch nicht abgeurteilten (Verfolgungsverjährung) als auch die des bereits abgeurteilten Deliktes (Vollstreckungsverjährung).

C. Was den besonderen Teil angeht, so sind die einzelnen Delikte dem Publikum so bekannt, und andererseits auch so zahlreich, daß der Raum nicht im entferntesten gestattet, irgend etwas Interessierendes über sie zu sagen. Man hat sie vielfach in Systeme zu bringen gesucht, meist nach dem Gesichtspunkte der Angriffsobjekte: a) Delikte gegen Staat und Gesellschaft, b) gegen den einzelnen, wobei man unter den letzteren wieder nach den bedrohten Rechtsgütern Delikte gegen das Leben, die Gesundheit und körperliche Integrität, die Freiheit, die Ehre (Beleidigungen) und das Vermögen unterscheidet.

Legalordnung des besonderen Teils im Reichsstrafgesetzbuch: 1. Hoch- und Landesverrat. 2. Beleidigung des Landesherrn. 3. Beleidigung von Bundesfürsten. 4. Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten. 5. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. 6. Widerstand gegen die Staatsgewalt. 7. Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung. 8. Münzverbrechen und Münzvergehen. 9. Meineid. 10. Falsche Anschuldigung. 11. Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen. 12. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand. 13. Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit. 14. Beleidigung. 15. Zweikampf. 16. Verbrechen und Vergehen wider das Leben. 17. Körperverletzung. 18. Verbrechen und Vergehen wider die

persönliche Freiheit. 19. Diebstahl und Unterschlagung. 20. Raub und Erpressung. 21. Begünstigung und Hehlerei. 22. Betrug und Untreue. 23. Urkundenfälschung. 24. Konkursvergehen. 25. Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse. 26. Sachbeschädigung. 27. Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen. 28. Verbrechen und Vergehen im Amte. 29. Übertretungen.

§ 13. Der Strafprozeß.

Quellen: Reichsstrafprozeßordnung 1877. Gerichtsverfassungsgesetz 1877. Ältere: Peinliche Gerichtsordnung 1532. Code d'instruction criminelle 1808. Preußische Kriminalordnung 1805, desgleichen spätere Gesetze und Verordnungen, insbes. V. betr. die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen 1849.

1. Der Strafprozeß, auch formelles Strafrecht genannt, bildet die notwendige Ergänzung zum materiellen. Als Waffe der Gesellschaft gegen die Störer ihres Friedens betrachtet, wäre ein Strafrecht ohne Verfahren ein Messer ohne Klinge, und als magna charta des Verbrechers erfüllt es seine Zwecke auch nur dann ausreichend, wenn schon das bloße prozessuale Vorgehen gegen ihn bestimmten, die Willkür ausschließenden Regeln unterworfen ist.

2. Der Strafprozeß ist ursprünglich allenthalben öffentlicher und mündlicher Anklageprozeß mit Verhandlungsmaxime. Als die Schreibkunst und das gelehrte Richteramt sich verbreiteten, wandelten sich, namentlich unter dem Einfluß der Kirche (Ketzer- und Hexeninquisition!) auch bei ihm diese Eigenschaften in ihr Gegenteil. Im Zivilprozeß konnten wir nur die Schriftlichkeit als Fortschritt ansehen, hier sind auch die übrigen Neuerungen als solcher zu begrüßen. Denn um zu strafen, darf man sich natürlich nicht mit der formellen Wahrheit begnügen, sondern man muß materielle haben, man kann es nicht dem Belieben des Anklägers überlassen, wie weit er die Wahrheit verfolgen und ob er es überhaupt zum Verfahren kommen lassen will; hiernach empfehlen sich Inquisitions- und Offizialmaxime. Durch die Heimlich-

keit beugte man Kollusionen, d. h. Anstrengungen der Täter oder anderer, den Tatbestand zu verdunkeln, wirksam vor. Aber diese Vorzüge hatten schlimme Kehrseiten. Da der Richter alle Punkte für und wider den Beschuldigten zu ermitteln hatte, so war er eigentlich Ankläger, Verteidiger und Richter in einer Person; allen diesen Aufgaben in unbeirrter Gerechtigkeit zu genügen, ist aber eine Anforderung, die menschliches Können übersteigt. Auch hatte man sich im Strafprozeß nicht ganz zu einem materiellen Beweisrecht durchgerungen, vielmehr gab es Beweistheorien, welche genau vorschrieben, durch wieviel Zeugen oder sonstige Beweismittel der Beweis als voll erbracht angesehen werden könne und vor allem glaubte man, Geständnisse erlangen zu müssen. Hierzu bediente man sich seit dem 13. Jahrhundert der Folter (auch „Tortur“ oder „peinliche Frage“). Die streng gewahrte Heimlichkeit entzog der öffentlichen Meinung jedes Urteil über die Strafrechtspflege und bedeckte entsetzliche Übergriffe mit ewigem Schweigen.

Hiergegen trat unter Führung Voltaires und Beccarias die Aufklärungsperiode (schon vorher Thomasius) mit einer großen Reformbewegung auf. Man beseitigte zunächst die Folter, dann auch die Beweistheorien überhaupt, so daß heute der Richter nach seiner freien, aus dem Gange der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung urteilt und die Beweismittel denen des Zivilprozesses gleichen; der Satz: confessio regina probationum ist aufgegeben: der Beschuldigte kann ja leicht die Körperverletzung gestehen, um die Tötung zu verbergen; auch entsinnt man sich mit Grauen der Selbstbezichtigungen, welche namentlich in Hexenprozessen von Personen mit krankhaft abergläubischer Phantasie geübt wurden. Sämtliche Strafgerichte sind, um größte Objektivität zu garan-

tieren, Kollegialgerichte, auch ließ man nach englischem und altdeutschem Vorbilde in ihnen das Laienelement wieder zu. In erster Instanz erkennen über leichtere Sachen Schöffengerichte (Amtsrichter und zwei Schöffen, letztere entscheiden Schuld- und Straffrage), in schwereren die Strafkammern (fünf gelehrte Richter), für besonders schwere werden bei diesen periodisch Schwurgerichte gebildet (12 Geschworene, welche die Schuldfrage und drei gelehrte Richter, welche die Straffrage entscheiden), endlich bei Hochverrat am Reich u. s. w. der vereinigte 2. und 3. Straffenat des Reichsgerichts (14 gelehrte Richter). Das Anklageprinzip ist künstlich wieder hergestellt: im modernen Strafprozeßrechtsverhältnis treten dem Gericht die strafverfolgende Partei (Staatsanwaltschaft) und die strafverfolgte Partei (der Beschuldigte, eventuell mit dem von ihm gewählten oder ihm — was für manche Fälle gesetzlich angeordnet ist — vom Gericht bestellten Verteidiger) als Personen gegenüber, die selbständig das Tatsachenmaterial für und wider beschaffen. Um gleichwohl den Weg zur Erlangung materieller Wahrheit zu sichern, hat man der Staatsanwaltschaft einmal die Kompetenz gegeben, auch zu gunsten des Beschuldigten einzutreten, andererseits ist sie verpflichtet, wegen aller strafbaren Handlungen, von denen sie Kenntnis erhält, einzuschreiten (Legalitätsprinzip), nur bei Beleidigungen und Körperverletzungen, welche den Strafantrag des Verletzten erfordern, hat sie ihr Vorgehen von der Erwägung abhängig zu machen, ob dasselbe im öffentlichen Interesse geboten sei (Opportunitätsprinzip). Solche Taten kann nämlich der Verletzte selbst als Privatkläger strafrechtlich verfolgen, hat die Staatsanwaltschaft ihrerseits es für richtig erachtet, die öffent-

liche Klage zu erheben, so kann er sich ihr als Nebenkläger anschließen.

3. a) Erhält die Staatsanwaltschaft Kunde von einer strafbaren Handlung, so stellt sie ein geheimes und schriftliches Ermittelungsverfahren (auch vorbereitendes Verfahren) an, wobei sie sich sehr viel der ihr (wie den Gerichten) als Hilfsorgan unterstellten Polizei bedient. Sie kann dabei gemäß bestimmten Regeln Beschlagnahme von Sachen, Durchsuchungen von Räumen und Personen anordnen, eventuell auch den Beschuldigten durch Vermittelung der Gerichte in Haft (bis höchstens 4 Wochen nehmen lassen. In der Folge stellt sie entweder das Verfahren ein oder erhebt (b) die öffentliche Anklage und zwar entweder durch Einreichung einer Anklageschrift, so daß alsbald das Hauptverfahren folgen kann, oder, insbesondere, wo eine (c) gerichtliche Voruntersuchung geboten (Reichsgerichts- und Schwurgerichtssachen) bezw. zulässig ist (Strafkammersachen) durch Beantragung einer solchen. Dieselbe wird, sofern nicht das Gericht (wegen seiner Unzuständigkeit, wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung, der Voruntersuchung 2c.) die Ablehnung des Antrags beschließt, vom Untersuchungsrichter (geheim und schriftlich, überhaupt ähnlich wie das Ermittelungsverfahren) so lange geführt, bis das Tatsachenmaterial vollständig angeschafft zu sein scheint[1]). Alsdann beschließt nach Kenntnisnahme von den nunmehrigen Anträgen der Staatsanwaltschaft das Gericht entweder die Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten oder die Eröffnung des (e) Hauptverfahrens[2]), welches nach einigen Vorbereitungen (Ladung

[1]) Wenn nötig, wird der Angeschuldigte während dieser Zeit in Untersuchungshaft genommen oder behalten. Dauer nach Bedarf.

[2]) Den Beschluß nennt die tägliche Geschäftssprache schlechthin „Eröffnungsbeschluß“ (d).

der Zeugen ꝛc.) in der öffentlichen und mündlichen Hauptverhandlung gipfelt. Zuerst werden Zeugen und Sachverständige aufgerufen, alsdann der Angeklagte in Abwesenheit der Zeugen vernommen, hierauf folgt die Beweisaufnahme, danach die Anträge des Staatsanwalts und des Angeklagten oder seines Verteidigers[1]), eventuell begründet in größeren Schlußvorträgen (plaidoyers), endlich die Verkündung des in geheimer Beratung gefundenen Urteils. Die Hauptverhandlung ist der dramatische Schlußakt des Ganzen, sie soll den Richtern das Tatsachenmaterial in anschaulichster, geschlossenster Unmittelbarkeit vor Augen führen — deshalb darf z. B. die Verhandlung bei Unterbrechungen nicht über vier Tage hinaus vertagt werden, widrigenfalls sie wieder von vorn beginnen muß, also ganz anders als im Zivilprozeß, wo sich die mündliche Verhandlung in beliebig voneinander entfernten Terminen hinzieht. Nicht den Akteninhalt, nur den Eindruck aus der Hauptverhandlung darf der Richter dem Urteil zu Grunde legen, aber durch die Lektüre der Akten, die ihm der Untersuchungsrichter liefert, geht er als wohlinstruierter Mann in die Hauptverhandlung, den verwickeltsten Beweisgängen, etwa mit Schriftvergleichungen und sonstigen Schwierigkeiten folgt er mit Leichtigkeit, weil er auf alles schon hinlänglich vorbereitet ist. So hat man durch die Verbindung der geheimen Voruntersuchung mit der öffentlichen Hauptverhandlung die Vorteile des Inquisitions- und des Anklageverfahrens sich gleichmäßig dienstbar zu machen, ihre Nachteile auszugleichen gesucht.

---

[1]) Der vom Angeklagten gewählt oder ihm vom Gericht bestellt ist. In schweren Fällen verschiedener Art muß dem Angeklagten in Ermangelung eines Wahlverteidigers ein bestellter Verteidiger (Anwalt oder Referendar u. s. w.) zugeordnet werden, sogenannte „notwendige Verteidigung".

4. Die Urteile (mit Ausnahme der reichsgerichtlichen) sind durch Rechtsmittel anfechtbar, und zwar bis auf die schöffengerichtlichen, gegen die Berufung stattfindet, nur durch Revision. Gegen Beschlüsse und Verfügungen gibt es gewöhnliche und sofortige Beschwerde.

5. Auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens kann, wenn ein schwerer Irrtum in den Tatsachen sich nach rechtskräftiger Entscheidung offenbart, noch stattfinden.

6. Außerordentliche Strafprozeßarten sind das Verfahren a) nach amtsrichterlichen Strafbefehlen, b) nach polizeilicher Strafverfügung (vulgo „Strafmandat"), c) nach Strafbescheiden von Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben rc. Gegen solche Strafmandate kann binnen einer Woche auf gerichtliche Entscheidung angetragen werden, widrigenfalls sie vollstreckbar werden. Auch gegen (d) Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben und (e) zum Zweck der Einziehung, Unbrauchbarmachung rc. von Gegenständen, auf die im Urteil zuweilen erkannt wird, gibt es besondere Verfahrensarten, und endlich (f) für die Vermögensbeschlagnahme, welche gegenüber einem des schweren Hoch- oder Landesverrats Beschuldigten für die Dauer der Untersuchung oder gegen einen abwesenden Wehrpflichtigen zur Deckung der aus dem Verfahren gegen ihn entstehenden Kosten veranlaßt werden kann.

7. Die Strafvollstreckung liegt der Staatsanwaltschaft ob, doch ist den Gerichten ein gewisser Einfluß darauf eingeräumt. Die Kosten fallen, wenn verurteilt ist, dem Angeklagten, sonst gemeinhin der Staatskasse …r dem Privatkläger zur Last.

§ 14. Die strafrechtlichen Hilfswissenschaften.

1. Das Strafrecht hat sich von der Verquickung mit metaphysisch-ethischen und theologischen Gesichtspunkten nie so befreit wie die übrigen juristischen Disziplinen. Philosophie und Theologie fungierten bis in die Mitte des Jahrhunderts als seine hauptsächlichsten Hilfswissenschaften, besonders in den „Strafrechtstheorien", in denen man die Strafe zu rechtfertigen suchte. Das ethische Prinzip der Vergeltung, göttlicher Befehl, der kategorische Imperativ wurde von den absoluten, die Zwecke der Abschreckung[1]), der Besserung[2]), der prophylaktischen Einwirkung auf das Volk von den relativen mit gleich bestrittenem Erfolge herangezogen. Der von den Idealisten verachtete Eklektizismus der Vereinigungstheorien, welche aus jeder einzelnen den brauchbaren Kern sich zu eigen zu machen suchten, führte schließlich auf den Gedanken, daß man die vielfachen Funktionen des Strafrechts denn doch lieber im einzelnen studieren solle, statt unter unfruchtbarer Spekulation ihre Fülle in den engen Rahmen eines einseitigen Begriffs zu zwängen[3])[4]).

2. Zunächst wurde im Anfange des 19. Jahrhunderts der gute Gedanke, daß es notwendig sei, in die Seelenvorgänge bei Verbrechern psychologisch einzudringen,

---

[1]) Die Abschreckungstheorie, die z. B. die Zeit der Karolina beherrschte, führt zu übermäßiger Härte des Strafvollzugs, welche erfahrungsmäßig den Zweck, die Zahl der Verbrechen zu mindern, gleichwohl völlig verfehlt.

[2]) Der Haupteinwand gegen die Besserungstheorie ist die Frage, ob man denn die Unverbesserlichen straflos lassen wolle.

[3]) Den geltenden Kodifikationen liegt auch in der Regel keine Strafrechtstheorie in einseitiger Abgeschlossenheit zu grunde.

[4]) Noch heute macht sich die Strafrechtsphilosophie zum letzten Schlupfwinkel des Naturrechts. Ganz wie das Privatrecht bis in die letzte Zeit den Begriff der Persönlichkeit psychologisch erörterte, in Verkennung der Tatsache, daß es sich um einen rein praktischen Begriff handelt, der nur in praktischen Wissenschaften (Dogmenwissenschaften, also außer in Jurisprudenz und Ethik

von Deutschen und dem Italiener Romagnosi aufgegriffen, und es entstand die Kriminalpsychologie, die freilich von Anfang an besonders die direkt krankhaften Zustände ins Auge faßte und, weitaus intensiver von Ärzten als von Juristen betrieben, einen mehr psychiatrischen Anstrich gewann.

3. Die materialistischen Zeitströmungen brachten es in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts dahin, daß man, weil die geistige Tätigkeit lediglich als Gehirnfunktion galt, die Geisteskranken als eigentlich körperlich krank ansah, und schließlich kam der italienische Arzt Lombroso, der viele körperlich mißgestaltete oder sonst benachteiligte Verbrecher beobachtet hatte, zu der Behauptung, die Verbrecher seien ein in ganz bestimmter Weise durch körperliche Merkmale gekennzeichneter Menschenschlag. Diese Merkmale habe die Kriminalanthropologie zu erforschen[1]).

4. Ihr trete aber noch eine andere Betrachtungsweise zur Seite. Die heutige Gesellschaftsordnung —

---

nur in der Theologie [hier aber wesentlich!]), nicht aber in theoretischen Wissenschaften (Erkenntniswissenschaften) eine Stätte haben kann — vgl. Teil I S. 14 Anm. —, ganz so sucht die moderne Strafrechtsphilosophie über den Begriff der Handlung psychologische, naturgesetzliche ꝛc., jedenfalls aber theoretische, also allgemeingültige, ewige Wahrheiten zu ermitteln und auf die Resultate Rechtssätze zu gründen. Das ist natürlich völlig unkritisch und führt zur Diskussion von Problemen, die keine Probleme sind. Das gleiche Verhalten beobachtet die herrschende Strafrechtsphilosophie anderen Begriffen gegenüber als: Kausalität ꝛc. Mit Recht ignoriert die Praxis diese Bemühungen. So schätzbar die Philosophie ist, im Recht hat sie nichts zu suchen. Wir halten es für eine wertvolle Errungenschaft modernen kritischen Geistes, Privatrecht und Staatsrecht (vgl. S. 146f.) der philosophischen Draperie — recht gelehrt sieht die ja aus! — entkleidet zu haben; nun kann auch endlich das Strafrecht die rein juristische Behandlung verlangen. Beide, Recht und Philosophie, können bei der reinlichen Scheidung nur gewinnen; von diesem Gesichtspunkt her schließt unsere Darstellung die traditionelle Strafrechtsphilosophie aus.

[1]) Da Anthropologie gemeinhin die Psychologie mit umfaßt, so tut man besser, die Wissenschaft von den körperlichen Merkmalen der Verbrecher als Kriminalsomatologie zu bezeichnen. Einige sagen auch Kriminalpathologie.

ein radikaler politischer Sozialismus gehört geradezu zum Programm der „positiven Schule", wie seine Anhängerschaft sich betitelt — treibe mit naturgesetzlicher Notwendigkeit jährlich einen großen Prozentsatz der Menschheit in die Arme des Verbrechens. Die hierin waltenden Gesetze des näheren zu erkennen, sei Aufgabe der Kriminalsoziologie. Beide Gedankenreihen münden aus in die Forderung, Strafe und Strafrecht abzuschaffen, da einmal der uomo delinquente nichts als ein armer Kranker, andererseits nicht individuelle Verschuldung, sondern Schuld der Gesellschaft vorhanden sei. Übrigens hat die kriminalsoziologische Arbeit, insbesondere von Ferri u. a. m. im Gegensatz zu den kriminalanthropologischen Phantasiegebäuden, der Wissenschaft manche wertvolle Anregung geliefert.

5. Der verletzende Ton, in welchem sie die an Kenntnis der kriminalistischen Praxis wie an wissenschaftlicher Gründlichkeit ihr weit überlegenen Vertreter der alten „klassischen" Strafrechtsschule angriff, konnte die Stellung der letzteren in Deutschland natürlich nur verstärken, so daß hier zunächst auch der berechtigte Kern der Neuerungen in den maßgebenden Kreisen keine Geltung erlangte. Seiner hat erst die (eigentlich von den Gegnern) sogenannte „jungdeutsche Kriminalistenschule", die im letzten Jahrzehnt eine herrschende Stellung gewann, sich wirkungsvoll bemächtigt. Ihre Anschauungen — freilich nirgends authentisch formuliert, da sie eine „Schule" mit offiziellem Programm gar nicht sein will — sind ungefähr folgende: Das Strafrecht ruht auf soliderer Grundlage als der Entscheidung rein metaphysischer Probleme, wie etwa dessen, ob der Mensch einen „freien Willen" habe oder nicht, die Existenzberechtigung des Strafrechts im allgemeinen und seine Anwendung im

besonderen ergeben sich vollständig aus seiner sozialen Funktion, aus seinem richtig verstandenen, umsichtig aufgefaßten Zwecke: „mir wenigstens“, sagt Franz v. Liszt, das Haupt der Richtung, „hat der Grundsatz ‚zielbewußte Bekämpfung des Verbrechertums‘ noch niemals und nirgends den Dienst versagt.“ Zu diesem Ende ist aber die Strafe keineswegs das einzig taugliche Mittel, vielmehr sollen noch andere, insbesondere soziale Maßnahmen wie etwa die staatliche „Zwangs- oder Fürsorgeerziehung verwahrloster Kinder“, Bemühungen um die Besserung entlassener Strafgefangener und möglichst viele andere mehr ihr zur Seite gehen; allerdings, sie neben diesen verschwinden zu lassen, wie die scuola positiva will, wird erst angehen, wenn sich herausstellen sollte, daß sie zur Verminderung der Verbrechen nichts beiträgt und das wird sich nie herausstellen, vielmehr bleibt die Strafe das wichtigste Mittel, welches die Kriminalpolitik (d. i. die auf die Bekämpfung der Kriminalität gerichtete Tätigkeit) zur Verfügung hat, und innerhalb der „gesamten Strafrechtswissenschaft“, welche das Lehrsystem von all diesen Mitteln ausmacht, gebührt dem Strafrecht der erste Platz. Von den übrigen Disziplinen in ihrem Bereiche haben einige eine selbständige Stellung neben dem Strafrecht, so die Strafvollzugslehre mit ihrem wichtigsten Teil, der Gefängniskunde, und die (noch nicht systematisierten) Lehren von den sozialen Vorbeugungs- und Sicherungsmaßnahmen, andere haben die Aufgabe, diesen die Fundamente zu liefern. Im Strafrecht z. B. ist und bleibt das oberste Ziel die konstruktive Ausfeilung der Begriffe. Aber gerade dies erreicht man in einem den Anforderungen der Zeit entsprechenden Maße nicht mehr durch bloßes Spintisieren am Gesetzestext, sondern durch empirisches Eingehen in

die Lebensbedingungen des Verbrechens. Man muß es kennen lernen in erster Linie als sozialpathologische Erscheinung durch die Kriminalsoziologie, insbesondere an der Hand der ausgezeichnet arbeitenden Kriminalstatistik, und als individualpathologische durch die Kriminalpsychologie. Diese beiden Disziplinen bilden das Fundament für alle kriminalpolitische Erörterung, insbesondere jedoch für die der Strafrechtsreform, welche notwendig ist, um das auf veralteten Prinzipien aufgebaute Strafrecht den Bedürfnissen der Zeit anzupassen. Aber die nützliche Wissensbereicherung ist zu nehmen, wo man sie findet: das wenige brauchbare, was die eigentliche Kriminalanthropologie geliefert hat (z. B. Untersuchung über den Einfluß von Klima und Rasse auf die Verbrechen) wird auch nicht doktrinär abgewiesen. Ferner dürfen wir überzeugt sein, daß die Strafrechtspsychologie je länger je mehr eine große Rolle spielen wird[1]). Wichtig ist auch die erst kürzlich begründete Kriminalistik, d. i. die Kunde von Leben, Treiben und Praktiken des Gaunertums, ihrer Sprache, den Spezialisten unter ihnen u. s. w., sowie von Mitteln, wie man sie zu fangen und zu überführen habe; berühmt wurde hier besonders die Identifizierung der Personen durch ihnen abgenommene Körpermaße (Anthropometrie, Bertillonage).

6. Während das positive Recht national ist, so beziehen sich die Hilfswissenschaften dagegen auf Dinge, die bei den verschiedensten Kulturvölkern gleichartiges Aus-

---

[1]) Vergl. über diesen Begriff Teil I Seite 151. Wir erinnern, daß darunter psychologische Erwägungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Interpretation des Strafrechts zu verstehen sind. Die Strafrechtspsychologie ist mit der Kriminalpsychologie nicht zu verwechseln, erstere ist ein Wissen vom Recht, letztere ein solches vom Verbrecher; erstere eine völkerpsychologische, letztere eine individualpsychologische Disziplin.

sehen haben, und können daher nur vom internationalen Standpunkte aus lohnend betrieben werden. v. Liszt zog hieraus die Konsequenz, indem er die „Internationale kriminalistische Vereinigung“ gründete, der heute tausende von Kriminalisten aller Richtungen angehören. Für diese nun war der Gedanke, die Strafrechte aller Staaten zu fruchtbarer Vergleichung zusammenzustellen, ein geradezu natürlich gegebener. Seine Ausführung in einem monumentalen Werke unter Leitung Liszts[1]) hat begonnen; man sieht: die Stellung des Pioniers für die Erschließung der vergleichenden Rechtswissenschaft, welche wir ihm Teil I Seite 151 zuschrieben, hat das Strafrecht in der Tat einzunehmen sich angeschickt.

Dritter Abschnitt.

Öffentliches Recht im engeren Sinne.

§ 15. Allgemeine Staatslehre.

A. Entwickelung des Staats und der Staatslehre. 1. Wiewohl wir den physischen Zwang als integrierendes Merkmal des Rechtsbegriffs ablehnen mußten, (Teil I S. 32) so ist doch nicht abzuleugnen, daß er ein höchst wirksames Element in allen sozialen Bildungen darstellt, einen „Generalfaktor im Völkerleben“, und zwar insbesondere insofern es die Rechtsordnung ist, die bei ihm Anlehnung in ausgedehntem Maße sucht und findet. Die kontinuierliche Bereitschaft solchen Zwanges wird dadurch gewährleistet, daß einer Reihe von Gemeinwesen herrschaftliche Organisation (Seite 40) zu eigen ist. Gemeinwesen mit

[1]) Bisher 2 Bde. „Strafgesetzgebung der Gegenwart.“ Neuerdings abgebrochen mit Rücksicht auf die Niedersetzung einer Kommission für rechtsvergleichende strafrechtliche Arbeiten seitens des Reichsjustizamts.

herrschaftlicher Organisation heißen politische Gemeinwesen. Unter ihnen nimmt eine überragende Stellung der Staat ein. Staat ist die herrschaftliche Organisation eines seßhaften Volkes. Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt („Land, Leute, Macht") sind demnach die drei Ingredienzien des Staatsbegriffs. Der Staat ist heute nicht das einzige politische Gemeinwesen, sondern es sind auch innerstaatliche da (die Gemeinden: Unterschied vom Staat: sie umfassen nur einen Bruchteil des Staatsvolks und nur einen Bruchteil der Macht, welche der Staatsgewalt eigentümlich ist[1]), und er ist auch nicht das ursprüngliche: vor ihm bestehen die rudimentären Staatsgebilde der Nomaden, welche zwar das Volk in meist loser, mitunter freilich auch sehr straffer herrschaftlicher Organisation umfassen und sich ihres Charakters als politische Gemeinwesen, insbesondere kraft des feindlichen Gegensatzes zu anderen, sehr energisch bewußt sind, die jedoch kein Gebiet haben und deshalb keine Staaten sind[2]). Es findet aber schon seit alters, seit der Hellenenzeit, alles öffentliche Leben und alles öffentliche Recht seinen Ausgangspunkt und sein Ziel im Staate, und wir können nicht anders als vom Staate aus dasselbe zu verstehen suchen. Die Staatslehre ist also die Lehre von den politischen Gemeinwesen überhaupt[3]); sie bezieht die innerstaatlichen in ihren Kreis, weil deren Sein und Wirken auf ihrer Stellung zum Staate wesentlich beruht, und sie berührt die vorstaatlichen, soweit diese für das Verständnis der staatlichen Bildungen Gesichtspunkte abgeben, im übrigen — zum größeren Teile — fallen letztere der Prähistorie;

---

[1]) Vergl. unten Seite 162, 168.
[2]) Vergl. auch oben Seite 41.
[3]) Mithin enger als „Staatswissenschaft", vergl. Teil I Seite 201.

der Völkerkunde und schließlich der allgemeinen Gesellschaftslehre anheim.

2. a) Die ältesten uns bekannten wirklichen Staaten sind die territorialen Großstaaten Asiens (einschl. Ägyptens). Eine theoretische Staatslehre aus ihrer Zeit ist nicht auf uns gekommen [1]). Über ihre Einrichtungen hat die Wissenschaft der verflossenen Jahrhunderte viel interessantes mitzuteilen gehabt; die heutige bekennt, daß wir von ihnen so gut wie gar nichts wissen [2]). Es sind aber die durch das Studium des Alten Testaments vermittelten Meinungen über die jüdische Theokratie von großer Bedeutung für die mittelalterliche Auffassung von der Kirchen- und der Staatsorganisation gewesen.

b) Heller beleuchtet liegt vor uns das Wesen des antiken Staates. Der hellenische Staat hat den genugsam bekannten Charakter des Stadtstaates, der *πόλις*, einheitlich („monistisch"), insofern kein selbstberechtigter Herrschaftsfaktor da ist neben dem souveränen Volke und ohne jede politische Gliederung („zentralistisch"; die attischen Demen waren bloß gesonderte Wohnplätze, keine Verwaltungskörper). Freiheit ist Vollbürgertum, gleichzeitig Freiheit von ungesetzlichen Eingriffen des Staates (bürgerliche Freiheit) und Anteilnahme an der Regierung (politische Freiheit). Unrichtig ist das zum Überdruß wiederholte Stigma, der Hellene habe eine staatsfreie Sphäre nicht besessen, sei sozusagen Staatssklave gewesen und habe die Entschädigung dafür in seiner ausgedehnten Teilnahme an der Lenkung des Staats gefunden, antike Freiheit sei Mitregieren, moderne Freiheit: möglichst

---

[1]) Bezüglich der vorderasiatischen ist es auch so gut wie sicher, daß eine solche niemals ausgebildet worden ist; über Indien und insbesondere China sind die Resultate beginnender Forschungen abzuwarten.

[2]) D. h. nichts, was in den Rahmen der Staatslehre hineinpaßt. Für Prähistorie und Völkerkunde reicht es.

wenig regiert werden. Es ist sogar der Gegensatz bürgerlicher und politischer Freiheit von der Wissenschaft seit Aristoteles klar erkannt worden, nur der Charakter der ersteren als besonderen Rechtes ist ihr nie zum Bewußtsein gekommen, in erster Linie deshalb, weil dieser Zustand ihr selbstverständlich war[1]). Wir werden sehen, wie erst durch Erschütterung dieser Selbstverständlichkeit der Gedanke an den Rechtscharakter der bürgerlichen Freiheit geboren wird. Der römische Stadtstaat ist in den Grundzügen dem hellenischen wesensgleich. Die Griechen sind auch die Schöpfer der Staatslehre geworden. Die ersten Ansätze finden sich bereits bei den Sophisten. Man wird ihren Gesamtcharakter hypothetisch als einen pädagogisch-praktischen beurteilen dürfen, mit der Maßgabe, daß es sich in erster Linie um Anleitung zur Betätigung im Staatsleben handelte, ohne daß jedoch eine gewisse Hinwendung zum ethischen Problem fehlte. Demnächst war es Platon, der die Staatslehre gänzlich in den Bann seiner Ethik zog und damit eine für die gesamte Zukunft folgenschwere Wendung herbeiführte. Aus den ethischen Forderungen heraus suchte er den Typus eines Idealstaats zu konstruieren, und da ihm dieser nicht etwa als unerreichbares Ziel, sondern als zu verwirklichender Zukunftsstaat vorschwebte, so verfiel dadurch die Staatslehre ganz und gar in die Richtung der Politik, wie denn auch *πολιτική*[2]) der bei den Griechen gebräuchliche Name für sie war. Aristoteles

---

[1]) Die Sache liegt nicht anders, als sie (prinzipiell) in sehr vielen ursprünglichen politischen Gemeinwesen liegt. Wir stellten auch deshalb den Satz an die Spitze: „Freiheit ist Vollbürgertum", als welches den aktiven Status neben allen anderen Statusqualitäten des Individuums in ungebrochener Einheit umfaßt — bei den Römern, Deutschen u. a. m. ganz in derselben Weise wie bei den Griechen.

[2]) Das Wort bedeutete aber eigentlich die gesamte Staatswissenschaft. Nur wurde diese fast gänzlich von der Staatslehre ausgefüllt.

hielt den Anschluß an das ethische Problem und damit den politischen Grundzug fest, um aber für diesen bessere Fundamente zu schaffen, veranstaltete er großartig angelegte empirische Untersuchungen über die bestehenden Staaten und wurde so der Vater einer eigentlichen methodischen, theoretischen Staatslehre — aber gleichzeitig über zwei Jahrtausende hinweg ihr letzter Vertreter, da die ganz an Platon anknüpfende praktische Philosophie der Folgezeit die von ihm angelegten Baugerüste zu empirischer Staatserforschung verfallen ließ. Die Römer haben keine selbständige Staatslehre gehabt, was sie davon erzeugten, ruht, wie ihre gesamte Philosophie, ganz auf griechischer Anregung, und ihre Jurisprudenz blieb zu einseitig privatrechtlich, als daß sie sie zu einer wissenschaftlichen Diskussion der Staatsprobleme hätte hinleiten können.

c) Der mittelalterliche Staat bildet den völligen Gegensatz zum antiken[1]). Er ist nicht Stadtstaat, sondern Landstaat ohne festen Mittelpunkt, nicht zentralistisch, sondern dezentralisiert, in reicher Gliederung finden sich (infolge der Ausdehnung des Landes und der mangelhaften Kommunikation) innerstaatliche Verwaltungskörper. Und er ist nicht monistisch, sondern dualistisch: neben dem Könige (ursprünglich über ihm) steht als selbstberechtigter Herrschaftsfaktor das Volk. In der Zeit des Lehnswesens wächst sich der Dualismus fast zum Pluralismus aus, indem allenthalben einzelne lokale Gewalten weltlichen und geistlichen Standes sich erheben, derselbe wird jedoch überwunden, indem sich jene dem Könige gegenüber zum Korpus der Stände zusammenschließen. Im ständischen Staate steht denn nun freilich der Dualismus wieder

[1]) Mit Ausnahme der italienischen Stadtstaaten (Republiken und Tyrannieen), die wieder Polisform haben. — Annäherungen an diesen Typus fanden allerdings auch auf deutschem Boden statt.

um so ausgeprägter da: „wie ein Doppelstaat erscheint unserem heutigen Denken der ständische Staat in seiner extremsten Ausbildung, in dem Fürsten und Stände ihre besonderen Beamten, Gerichte, Kassen, ja selbst Heere und Gesandten haben". Rex singulis maior universis minor ist das Schibboleth der ständischen Staatsanschauung; der Gegensatz besteht zwischen Fürst und Landständen, Kaiser und Reichsständen, ja selbst auf die religiösen Ansichten von der Himmelsordnung wirkt er hinüber. Aber in die Konkurrenz um die volle Herrschaft, welche sich entwickeln mußte, weil alle Organisation der Gewalt wie mit Naturkraft der Einheitlichkeit zustrebt, tritt noch ein dritter Bewerber, die Kirche. Eine Zeit lang sieht sich die Machtverteilung wie eine Art Triumvirat an; im Reformationszeitalter aber wird zunächst die Kirche zurückgedrängt. Die ausstehende Entscheidung zwischen Fürst und Ständen fällt alsdann in drei hauptsächlichen Richtungen: es siegen die Stände und schaffen eine Aristokratie mit einem Scheinmonarchen an der Spitze, so im Deutschen Reiche und in Polen. Oder es siegt der Fürst und richtet auf den Trümmern der zerbrochenen Ständerechte die absolute Monarchie auf, wie in Frankreich und den deutschen Territorien. — Oder der Kampf bleibt unentschieden, der monistische Staat wird dergestalt erzeugt, daß König und ständische Vertretung (Parlament) sich als nebengeordnete Organe einheitlicher Staatsgewalt einander gesellen, so in England. Die Aristokratien haben sich als nicht lebensfähig erwiesen und sind kläglich untergegangen. Die absoluten Monarchien, außer Rußland und den Mecklenburg, haben sich in konstitutionelle verwandelt (mit dem Unterfall der parlamentarischen Monarchie). Eine Reihe demokratischer Republiken hat sich dazu gesellt. Der moderne

Staat ist wieder einheitlich wie der antike war, aber er ist dezentralisiert wie der mittelalterliche gewesen und ferner: es bestehen in ihm als Erzeugnisse der dualistischen Gedankenwelt die Auffassung der bürgerlichen Freiheit als eines Inbegriffs besonderer Rechte und die geschriebenen Verfassungen, welche noch an die Zeit erinnern, da Fürst und Stände förmlich miteinander paktierten und sich ihre Rechte und Freiheiten gegenseitig verbrieften. Der Ausbau des modernen Staates aber findet durch fortschreitende Ersetzung der bloß politischen Garantien der öffentlichen Zustände (durch die tatsächlichen Machtverhältnisse, die sozialen Bedürfnisse, die öffentliche Meinung) durch rechtliche statt.

d) Die Staatslehre, die im Mittelalter brach lag, hat in der Neuzeit hohen Flug genommen. Der Humanismus führte die antike Staatslehre wieder ans Licht und sofort verschaffte diese wieder dem politischen Element eine Vorherrschaft, vor allem in den Schriften Machiavells, aber selbst noch in denen Bodins (Bodinus)[1], des Vaters der modernen theoretischen Staatslehre, und denen der Naturrechtslehrer (vgl. Teil I S. 25). Neben der Naturrechtswissenschaft entwickelte sich auch eine Literatur des positiven Staatsrechts. Aber die eigentümliche Zähigkeit, mit der sich die philosophisch-naturrechtliche Strömung gerade im Staats- und Völkerrecht erhielt, fügte es, daß die Staatsrechtsdarstellungen bis in das 19. Jahrhundert mit Politik und Soziallehre des Staates übermäßig durchsetzt waren. Für die neue Zeit, die in der rechtlichen Konsolidierung der öffentlichen Zustände so große Fortschritte gemacht, paßte dies nicht mehr und nach Anregungen von Albrecht und Gerber, die dadurch die Begründer der „neuen

[1] De re publica (de la république).

Staatsrechtsschule" wurden, trat **Laband** mit einem System des deutschen Staatsrechts hervor, welches gänzlich juristisch sein sollte. Hat nun auch dies Programm den verdienten Sieg auf der ganzen Linie im Sturm erfochten, so mußte doch Laband von **Gierke** sich nachweisen lassen, daß er nicht gänzlich Politik und Soziallehre hatte ausscheiden können, ja hie und da war es ihm passiert, daß er politische Ansichten zur Rechtsdeduktion verwertet, und als Rechtssätze aufgestellt hatte, was blos soziale Theoreme waren. Gierke bemerkte warnend, daß man Politik und Soziallehre des Staates — abgesehen von ihrem wissenschaftlichen Eigenwert — schon deshalb nicht beiseite werfen darf, weil die neue Disziplin des gereinigten Staatsrechts erst durch die Verbindung mit ihnen ihr wahres Leben empfängt; da aber andererseits die rein juristische Staatsrechtswissenschaft nicht wieder aufgegeben werden darf, wenn wir nicht gleichzeitig den Ausbau des modernen Staates nach der Seite der rechtlichen Garantien aufgeben wollen, so müssen alle drei, Politik, Soziallehre des Staates und Staatsrecht erhalten bleiben, aber reinlich geschieden: um so fruchtbarer werden sie gerade aufeinander einwirken, sich gegenseitig beleben und fördern [1]).

B. **Allgemeine Soziallehre des Staates** [2]). Der Angelpunkt derjenigen sozialen Erscheinungen, welche in ihrer Gesamtheit das soziale Wesen des Staates ausmachen, ist die Herrschergewalt, jene Macht, welche allemal auf die Verfügung über die militärischen und finanziellen Kräfte des ganzen basiert ist. Geschieht dieser

[1]) Gleich der Soziallehre des Staates werden dann auch die philosophischen Elemente der Staatsbetrachtung ad separatum verwiesen.

[2]) Nebst Bemerkungen zur allgemeinen Politik.

Verfügungsmöglichkeit übermäßiger Abbruch, so ist damit stets eine Umwälzung in den Herrschaftsverhältnissen in Aussicht gerückt. Die Staatsgewalt (imperium), wie man die staatliche Herrschgewalt nennt, ist zwar nicht nach absolutem sozialem Gesetz einheitlich, wie oben das Beispiel des Lehnstaates lehrte, aber sie strebt stets nach Einheitlichkeit. Die Einheit ist der normale Zustand, die Zerteilung allem reifen Staatsbewußtsein, wie das antike war und das moderne ist, fremdartig. Mehrere Herrschergewalten in einem und demselben Gemeinwesen begründen im besten Falle die ewige Gefahr der Anarchie, im gewöhnlichen diese selbst. Erst dadurch wird der kontinuierlich ruhige Gang der Staatsmaschine verbürgt, daß hinter allen Funktionsäußerungen, sei es in der Gesetzgebung, in der Justiz oder in der Verwaltung aller Zweige ein und dieselbe einheitliche Macht steht. Die Theorie des 18. Jahrhunderts hat in irriger, aber von hochwichtigen Folgen begleiteter Lehre die Einheitlichkeit der Staatsgewalt politisch verworfen. Seit Montesquieu glaubte man bemerkt zu haben, daß die Freiheit des Bürgers, der Schutz des einzelnen gegen Willkür gefördert werde, wenn im Staate mehrere leitende Gewalten einander die Wage hielten, deren jede die andere eifersüchtig beobachten und sie hierdurch von Übergriffen fernhalten würde. In Anlehnung an die drei aristotelischen Kategorien[1]) glaubte man in der puissance législative, puissance de juger, puissance exécutive die drei Gewalten gefunden zu haben, deren Trennung die Aufrechthaltung eines freiheitlichen Staatswesens sichere. Die Trennung sollte natürlich dadurch erfolgen, daß jede dieser Gewalten einem besonderen „Träger“ anvertraut

---

[1]) Vgl. S. 43.

würde, die Legislatur dem „Volk“, die Exekutive dem Staatshaupt und die Justiz den vom Staatshaupt wie der Volksvertretung unabhängigen Gerichten. Aber es ist klar, daß, wenn diese drei als selbständige Gewalten einander gegenüber stünden, ohne Zwang, sich miteinander zu verständigen und einheitlich zu operieren — daß alsdann nicht Ruhe und Sicherheit des öffentlichen Lebens, sondern vielmehr stete Reibereien erzeugt würden, unter denen auch die Freiheit des einzelnen zuerst zu leiden hätte. Aus diesen Gründen kann eine solche Trennung der Gewalten vernünftigerweise nicht angestrebt werden, wie sie denn auch eigentlich niemals ins Leben getreten ist, sondern nur Verteilung der Funktionen der Staatsgewalt auf verschiedene Organe. Diese ist einerseits in den verschiedenen Zwecken der drei Funktionen, andererseits in gewissen, meistens mehr praktisch erfaßten als zum wissenschaftlichen Bewußtsein gebrachten sozialpsychologischen Tatsachen begründet. Ebenso wie die Justiz gedeihlich nur funktionieren kann, wenn sie von jeglicher Beeinflussung seitens der Exekutive frei bleibt, so läßt sich auch die Verwaltung nicht durchaus in die Schablonen des Rechtswegs hineinpressen: man denke sich etwa die Angelegenheiten der auswärtigen Politik oder gar des militärischen Kommandos unter richterlicher Kognition! [1])

Die Staatsgewalt wird vom Staatsvolke hergestellt in verschiedenen Formen und teils vollkommenerer, teils minderer Wirksamkeit, je nach seiner gesellschaftlichen Gliederung, seiner psychischen Veranlagung und Be-

[1]) Schon deshalb aber ist auch die Scheidung indiziert, weil die verschiedenen Funktionszwecke auch verschiedene Struktur der Behörden erfordern. Ein Gericht ist immer am besten mit einem Kollegium besetzt, in militärischen und vielen Dingen der Zivilverwaltung ist es der Ruin, wenn statt eines höchsten Einzelwillens Mehrheitsbeschlüsse den Ausschlag geben sollen.

Verfügungsmöglichkeit übermäßiger Abbruch, so ist damit stets eine Umwälzung in den Herrschaftsverhältnissen in Aussicht gerückt. Die Staatsgewalt (imperium), wie man die staatliche Herrschgewalt nennt, ist zwar nicht nach absolutem sozialem Gesetz einheitlich, wie oben das Beispiel des Lehnstaates lehrte, aber sie strebt stets nach Einheitlichkeit. Die Einheit ist der normale Zustand, die Zerteilung allem reifen Staatsbewußtsein, wie das antike war und das moderne ist, fremdartig. Mehrere Herrschergewalten in einem und demselben Gemeinwesen begründen im besten Falle die ewige Gefahr der Anarchie, im gewöhnlichen diese selbst. Erst dadurch wird der kontinuierlich ruhige Gang der Staatsmaschine verbürgt, daß hinter allen Funktionsäußerungen, sei es in der Gesetzgebung, in der Justiz oder in der Verwaltung aller Zweige ein und dieselbe einheitliche Macht steht. Die Theorie des 18. Jahrhunderts hat in irriger, aber von hochwichtigen Folgen begleiteter Lehre die Einheitlichkeit der Staatsgewalt politisch verworfen. Seit Montesquieu glaubte man bemerkt zu haben, daß die Freiheit des Bürgers, der Schutz des einzelnen gegen Willkür gefördert werde, wenn im Staate mehrere leitende Gewalten einander die Wage hielten, deren jede die andere eifersüchtig beobachten und sie hierdurch von Übergriffen fernhalten würde. In Anlehnung an die drei aristotelischen Kategorien[1]) glaubte man in der puissance législative, puissance de juger, puissance exécutive die drei Gewalten gefunden zu haben, deren Trennung die Aufrechthaltung eines freiheitlichen Staatswesens sichere. Die Trennung sollte natürlich dadurch erfolgen, daß jede dieser Gewalten einem besonderen „Träger“ anvertraut

---

[1]) Vgl. S. 43.

würde, die Legislatur dem „Volk“, die Exekutive dem Staatshaupt und die Justiz den vom Staatshaupt wie der Volksvertretung unabhängigen Gerichten. Aber es ist klar, daß, wenn diese drei als selbständige Gewalten einander gegenüber stünden, ohne Zwang, sich miteinander zu verständigen und einheitlich zu operieren — daß alsdann nicht Ruhe und Sicherheit des öffentlichen Lebens, sondern vielmehr stete Reibereien erzeugt würden, unter denen auch die Freiheit des einzelnen zuerst zu leiden hätte. Aus diesen Gründen kann eine solche Trennung der Gewalten vernünftigerweise nicht angestrebt werden, wie sie denn auch eigentlich niemals ins Leben getreten ist, sondern nur Verteilung der Funktionen der Staatsgewalt auf verschiedene Organe. Diese ist einerseits in den verschiedenen Zwecken der drei Funktionen, andererseits in gewissen, meistens mehr praktisch erfaßten als zum wissenschaftlichen Bewußtsein gebrachten sozialpsychologischen Tatsachen begründet. Ebenso wie die Justiz gedeihlich nur funktionieren kann, wenn sie von jeglicher Beeinflussung seitens der Exekutive frei bleibt, so läßt sich auch die Verwaltung nicht durchaus in die Schablonen des Rechtswegs hineinpressen: man denke sich etwa die Angelegenheiten der auswärtigen Politik oder gar des militärischen Kommandos unter richterlicher Kognition![1])

Die Staatsgewalt wird vom Staatsvolke hergestellt in verschiedenen Formen und teils vollkommenerer, teils minderer Wirksamkeit, je nach seiner gesellschaftlichen Gliederung, seiner psychischen Veranlagung und Be-

[1]) Schon deshalb aber ist auch die Scheidung indiziert, weil die verschiedenen Funktionszwecke auch verschiedene Struktur der Behörden erfordern. Ein Gericht ist immer am besten mit einem Kollegium besetzt, in militärischen und vielen Dingen der Zivilverwaltung ist es der Ruin, wenn statt eines höchsten Einzelwillens Mehrheitsbeschlüsse den Ausschlag geben sollen.

lichen Anschauungswert, die moderne Richtung aber, die die organologische Lehre als eine Staatstheorie ausbauen will, befindet sich auf Irrwegen. — Es ist das dem Staate innewohnende teleologische Moment, welches diese Theorien hervorkehren, insofern durch den Staat und im Staate Zwecke verfolgt werden. Insofern der Staat aber selbst eigene Zwecke verfolgt, erscheint er als Persönlichkeit. Er zeigt sich in der Theorie von der Staatspersönlichkeit, bezüglich deren Einzelheiten auf § 2 u. 3 verwiesen wird, nicht mehr wie in den anderen als bloßes Objekt, sondern als Wesen von subjektivem Sein. Damit aber, mit seinem Dasein als Subjekt, tritt er hinüber in die Welt der praktischen Philosophie, der Normen, er ist hier nur mehr von Recht und Ethik zu betrachten. Deren Theorien beschäftigen sich mit der Rechtfertigung des Staates [1]) — er ist natürlich einer der meistapologisierten Rechtsbegriffe. Es handelt sich dabei einmal um den Grund des Staates. Folgende Theorien hierüber sind in der Geschichte zu Bedeutung gelangt: „Der Staat ist kraft göttlicher Fügung oder göttlichen Gebots“ sagt die theologische Theorie, die älteste und verbreitetste. Der Staat ist da kraft des Naturgesetzes, daß die Starken über die Schwachen herrschen, sagen die Anhänger der Machttheorie (z. B. die modernen Sozialisten). Die Rechtstheorien gründen den Staat auf Rechtssätze, und zwar hält ihn die Familiartheorie für eine erweiterte Familie, die Patrimonialtheorie für einen Ausfluß der Eigentumsordnung: diese habe zu ihrer Aufrechthaltung den Staat gezeugt, auch das Recht des Fürsten am Staate sei Eigentum. Die berühmteste aber ist die Vertragstheorie (antike und Naturrechtslehre), über welche bereits Teil I S. 39 berichtet

[1]) Vergl. auch Teil I Seite 165 f.

ist. Die ethische Theorie begründet den Staat aus der sittlichen Forderung, daß die Menschen in rechtlicher Geeintheit mit einander leben sollen. In den menschlichen Trieben endlich (Geselligkeitstrieb, Furcht ꝛc.) sucht die psychologische Theorie den Grund des Staates. Unter den fünf Theoriengruppen sind die Rechtstheorien unhaltbar. Sie liefern keine eigentlich philosophische, sondern eine juristische Rechtfertigung des Staates, eine solche aber ist unmöglich, da sie mit der widersinnigen, auf naturrechtlichen Vorstellungen beruhenden Annahme einer ausgebildeten vorstaatlichen Rechtsordnung steht und fällt. Die wirklich philosophischen Theorien, sowohl die beiden transzendenten (theologische und ethische) wie die beiden immanenten (die psychologische und die Machttheorie) geben sämtlich beachtenswerte Gesichtspunkte. Für sich allein ausreichend ist keine. Übrigens fällt am Ende die Frage nach dem Grunde des Staates mit der nach dem Grunde des Rechtes überhaupt zusammen. Dies Zusammenfallen liegt auch bezüglich der zur Rechtfertigung des Staates aufgeworfenen Frage vor, der Frage nach seinem *Zwecke*. Der extreme Historismus ebenso wie die einseitig naturwissenschaftliche Weltanschauung leugnet jeden Zweck des Staates[1]), der Staat sei eben Selbstzweck. Diese Einsicht ist vom naturwissenschaftlichen Standpunkte aus nicht unrichtig, verschließt aber der staatswissenschaftlichen Erkenntnis Tür und Tor, denn wie jedes soziale Gebilde lebt der Staat in seinen Zwecken. Die Lehren über diese Zwecke sind *absolute* Theorien, sofern sie einen *unwandelbaren*, relative, sofern sie *konkrete, historisch wandelbare Zwecke* statuieren. Man unterscheidet den *Rechts-* und *Machtzweck*, welcher

1) Wie sie entsprechend auch jede Forschung nach seinem Grunde ablehnt.

sich in der Aufrechterhaltung und Fortbildung der Rechtsordnung einerseits, dem Schutz gegen Angriffe von außen andererseits verkörpert, und den Kultur- und Wohlfahrtszweck, welcher auf die Förderung der materiellen Wohlfahrt und der geistigen Kultur des Volkes abzielt. Nur den ersteren kannte der mittelalterliche[1]) Staat; als bloße Heer- und Gerichtsordnung sich darstellend, war er der reine „Rechtsstaat". Demgegenüber trat der moderne Staat durch energische Betonung des Kultur- und Wohlfahrtszweckes als „Kulturstaat" auf[2]).

D. **Allgemeine Staatsrechtslehre.** Das Recht des modernen Staates[3]). 1. Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt konstatierten wir als die drei Elemente des Staates. Die drei müssen sich zusammenfinden[4]), wenn ein Staat entstehen soll, die Beseitigung nur eines von ihnen ist

---

[1]) Die Zwecktheorie des Mittelalters war eine absolute, die theologische, welche Mitarbeit an der Verwirklichung des Gottesreiches auf Erden als Zweck des Staates hinstellte. Eine absolute war auch die antike, die ethische Theorie, wonach Verwirklichung des Sittlichen der Staatszweck war.

[2]) Anfangs war auch eine absolute Theorie, die eudämonistisch-utilitarische herrschend, wonach Wohlfahrt der Bürger der Zweck des Staates ist. (Ch. Wolff.) Alle diese Theorieen haben den Fehler, daß sie über die konkreten Zwecke gar nichts sagen, es lassen sich aus jeder heterogene Programme herleiten. (So fußen die meisten heutigen Sozialisten auf der eudämonistisch-utilitarischen, welche auch das Evangelium des aufgeklärten Absolutismus war.) Infolgedessen neigte der Staat immer zu Eingriffen in Sphären, die ihm verschlossen sind, er suchte z. B. innermenschliche Dinge wie Glauben, wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit zu beeinflussen. In Opposition hiergegen trat — hauptsächlich als Gegnerin der eudämonistischen — im 18. und beginnenden 19. Jahrhundert eine neue absolute Theorie auf, die auf den reinen Rechtsstaat hinauswollte. Die moderne, relative Theorie sucht nur noch in concreto zu vermitteln, welchen Zwecken der Staat erfolgreich dienen kann und im einzelnen die richtigen Grenzen zu ziehen. Sie weist ihm den Rechts- und Machtzweck zu ausschließlicher Wahrnehmung zu, von der Kultur- und Wohlfahrtspflege diejenigen Gebiete, auf denen äußerlich erzwingbare Handlungen und solidarische Interessen maßgebend sind.

[3]) Vergl. auch hierzu die Paragraphen „Deutsches Staatsrecht" und „Deutsches Verwaltungsrecht", in denen manche allgemein geltenden Rechtsinstitute berührt sind.

[4]) Es ist unrichtig, eines der Elemente mit dem Staat zu identifizieren: Etwa mit dem Volke, so taten die Alten, denen *οἱ Ἀθηναῖοι* der athenische, populus Romanus der römische Staat hieß, oder mit dem Herrscher, wie die absolutistische Theorie des 17. Jahrhunderts: L'Etat c'est moi!

gleichbedeutend mit dem Untergang des Staates. Früher nahm man an — die Theorie ist noch nicht ganz beseitigt —, die Entstehung eines Staates sei ein juristisch begreifbarer, ein Rechtsakt. Heute sieht man mehr und mehr ein, daß es sich dabei um rein faktische, nur von Geschichte und Soziallehre zu beleuchtende Vorgänge handelt [1]). Freilich beruht die juristische Persönlichkeit eines Staates auf Rechtssatz, aber das in Betracht kommende Recht ist einmal das Völkerrecht und dann sein eigenes Staatsrecht, und die sind vor seiner Existenz für ihn so wenig vorhanden wie die Umwelt und das subjektive Seelenleben für den unerzeugten Menschen. Auch der Untergang der Staaten ist faktischer Vorgang; hier ist jedoch neben dem rein tatsächlichen, wie er z. B. in kriegerischer Okkupation (Hannover) liegt, ein Rechtsakt denkbar. So verpflichtete sich Hohenzollern rechtlich, sich Preußen anzugliedern; so war es, als Transvaal und Oranje im Friedensschluß die Unabhängigkeit aufgeben mußten. Anders, wenn es ohne Friedensschluß dazu gekommen wäre.

2. Wir betrachten nunmehr die drei Staatselemente im einzelnen.

a) Das Gebiet ist der Schauplatz der staatlichen Machtentfaltung. Ein Sachenrecht des Staates am Gebiet, wie es durch privatrechtliche Brillen wohl gesehen wird, besteht nicht, das Gebiet (fines) bezeichnet nur die Grenze, innerhalb deren den staatlichen Herrschaftsbefehlen unmittelbarer Nachdruck zu verleihen ist. Nur in diesem

[1]) Vieles wird in Prähistorie und Völkerkunde fallen. Aber auch die in neuerer Zeit entstandenen Staaten, wie die Union und deren Einzelstaaten, der norddeutsche Bund, das Deutsche Reich, das Königreich Italien, der Kongostaat, die Burenstaaten, die Republik Cuba sind nicht durch Rechtsakt entstanden, selbst wenn die Gründer, in naturrechtlichen Anschauungen befangen, Rechtsakte vorzunehmen glaubten. Oder nach welchem Rechte sollten denn die Verträge zwischen den amerikanischen Kolonisten, den norddeutschen bezw. deutschen Staaten beurteilt werden?

Sinne ist die Aussage zulässig, daß das Gebiet nicht bloß Teil des Staatssubjekts, sondern auch Staatsobjekt ist.

b) Im gleichen Sinne ist das Staatsvolk Teil der Staatssubjektivität und Objekt der Staatstätigkeit. Damit ist auf den nebeneinander bestehenden passiven (und negativen sowie positiven) und aktiven status des einzelnen hingewiesen[1]). Nirgends ganz fehlend — ein Staat aus lauter Sklaven ist nicht denkbar — sind die subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen in neuerer Zeit unter dem Einfluß der naturrechtlichen Lehre von den angeborenen Menschenrechten Gegenstand der größten Beachtung in Gesetzgebung und Wissenschaft geworden. Insbesondere die Wahrung der staatsfreien Sphäre (des negativen Status) ist seitdem Gegenstand des Interesses, nachdem der Staat des Mittelalters und des ancien régime sie durch Glaubenszwang, übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit, Zensur und dergleichen[2]) fast vernichtet hatte. Untertan sind dem Staate auch die Fremden. Qui est in territorio, est etiam de territorio. Die auf ihnen früher lastenden Bedrückungen (sie waren ursprünglich rechtlos) sind successive beseitigt bezw. durch das Recht des Staates, lästige Ausländer auszuweisen, ersetzt worden, so daß sie, abgesehen vom aktiven status den Staatsangehörigen fast gleichstehen.

c) Die Staatsgewalt ist, juristisch betrachtet, das subjektive Recht des Staates in dem gesamten öffentlichen

---

[1]) Rousseau spricht von einzelnen als „citoyen“ und als „sujet“.

[2]) Durch den Gegensatz zu diesen Dingen, die z. B. dem antiken Staatsleben fremd waren, ist die bürgerliche Freiheit erst ins wissenschaftliche Bewußtsein erhoben worden, während die Hellenen sie als etwas Selbstverständliches gar nicht diskutierten.

Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan[1]). Dies aber ist nicht das einzige existierende Gewaltverhältnis; es wurde bereits auf das in Vereinen statthabende hingewiesen, und gibt es ferner familienrechtliche („elterliche Gewalt, patria potestas") und obligationenrechtliche Gewaltverhältnisse[2]). (Verhältnis der Lehrlinge, Fabrikarbeiter, des Gesindes zum Arbeitgeber). Von ihnen allen unterscheidet sich die Staatsgewalt dadurch, daß sie herrschaftliche Gewalt ist. Was aber kennzeichnet herrschaftliche Gewalt gegenüber nichtherrschaftlicher? Ein Kriterium denkbar schärfster Natur. Jedem nichtherrschaftlichen Gewaltverhältnisse kann sich der Unterworfene, wenn es ihm zu drückend wird, entziehen, er kann sich dadurch von allem weiteren Zwange freimachen, entsprechend bildet das äußerste Zwangsmittel, über welches der Gewalthaber verfügt, die Ausstoßung aus dem Verbande bezw. sonstigen Verhältnis. Die herrschaftliche Gewalt — und einzig sie — kann den unterworfenen auch wider seinen Willen im Verbande festhalten. Dadurch ist die Herrschergewalt unwiderstehlich. Da der Staat über solche verfügt — er hat sie heute für sich monopolisiert, während sie früher auch anderen Personen eignete —, so mag der Untertan sich drehen und winden: wenn ihn der Staat nicht gutwillig entläßt, bleibt er Untertan, muß seiner Militär- und Steuerpflicht genügen, seine Schulden bezahlen und seine Strafen absitzen[3]).

---

[1]) Anders ausgedrückt, der Inbegriff der subjektiven öffentlichen Rechte des Staates gegen den Untertan (Einzelpersönlichkeiten und Verbandspersönlichkeiten) in abstracto. Die völkerrechtlichen Befugnisse eines Staates werden von dem Begriffe „Staatsgewalt" nicht mit umfaßt, da von „Gewalt" im Rechtssinne (potestas) nur gegenüber Unterworfenen die Rede sein kann. Vergl. § 2, § 18. — Teil I § 3.

[2]) Von öffentlichen wären z. B. das Verhältnis der Anwalts- und Ärztekammern zu den Mitgliedern des Standes zu nennen.

[3]) Vgl. §§ 2 und 8, ganz besonders aber Teil I § 3³ S. 32ff.

Der Staatsgewalt werden drei Eigenschaften zugeschrieben: Souveränität, Autonomie und Unteilbarkeit. Souveränität (supremitas, maiestas) ist die höchste Machthöhe, die keine andere Gewalt über sich hat, schlechthin: Unabhängigkeit[1]). Daraus erhellt sogleich, daß sie kein notwendiges Merkmal der Staatsgewalt ist. Denn es hat stets auch abhängige Staaten gegeben, z. B. der mittelalterliche Staat (vergl. Anm.), die heutigen Vasallenstaaten u. s. w., namentlich auch die Einzelstaaten im Bundesstaat. Die noch immer nicht beseitigte Lehre, welche in der Souveränität eine notwendige Qualifikation der Staatsgewalt sieht, muß entweder alle nichtsouveränen Staaten zu bloßen Provinzen u. s. w. herabdrücken oder einen Begriff wie den Bundesstaat

[1]) Dies der moderne und allein korrekte Souveränitätsbegriff. Der ältere, um den man wissen muß, weil er Literatur und Politik der letzten drei Jahrhunderte beherrschte, bietet ein Bild der Verwirrung, welche nur historisch zu erklären ist. Die Alten sind sich des Begriffs der Souveränität so wenig bewußt geworden wie dessen der bürgerlichen Freiheitsrechte. Er kam erst zum Leben in der Zeit, da die Staaten Europas, voran Frankreich, sich den über ihnen stehenden Autoritäten, Reich und Kirche, entrangen. Der Träger der Kampfeslast für das Aufstreben des Staates war der Monarch, und wie man damals häufig den Staat mit dem Monarchen identifizierte (oben Seite 154), so legte man auch ihm Souveränität bei, „maiestas personalis“ und warf diese, die doch nur den Inbegriff der monarchischen Kompetenzen bedeuten kann, mit der „maiestas realis“, der Unabhängigkeit des Staates, einfach zusammen. Da dem Kampf gegen Reich und Kirche der gegen die ständischen, den Monarchen beschränkenden Gewalten Hand in Hand ging, legte man schließlich auch das absolute Regime als Merkmal in den Souveränitätsbegriff hinein. So definierte ihn Bodin, der ihn zuerst (nach dem Abbilde des gleichzeitigen französischen Staatsrechtes) entwickelte; maiestas est summa in cives legibusque soluta potestas; so verstanden ihn Ludwig XIV., der große Kurfürst, Friedrich Wilhelm I. und überwiegend noch das erste Viertel des 19. Jahrhunderts. In Opposition gegen die Fürstensouveränität wurde gleichzeitig der der Volkssouveränität aufgestellt und beide naturrechtlich begründet. Eine weitere Verwirrung brachte der logische Fehler, daß man dem rein negativen Begriff der Souveränität (Unabhängigkeit!) einen positiven Inhalt geben wollte, sogenannte Hoheits-, Majestäts- oder Souveränitätsrechte, die in ihm begrifflich gelegen sein sollten; als solche wurden meist aufgezählt: drei äußere: ius legationum, ius foederum, ius belli und vier innere: Polizei-, Finanz-, Militär- und Justizhoheit (dazu öfter besonders das Begnadigungsrecht). Man sieht, daß dies nur eine Aufzählung der Staatsfunktionen in Anlehnung an die Trias politica und die Verwaltungszweige ist. Die Konsequenz war denn auch, man vielfach Souveränität und Staatsgewalt synonym gebrauchte!

ganz leugnen, die so bezeichneten Gebilde als bloße Staatenbünde ansehen. Beides wird den Tatsachen gleich wenig gerecht. Aber man fragt nach einem sicheren Kriterium, welches mit juristischer Schärfe den nichtsouveränen Staat vom bloßen Kommunalverband scheide. Dies liefert die zweite Eigenschaft der Staatsgewalt. Autonomie ist Fähigkeit der Selbstbeherrschung, insbesondere der Selbstorganisation. Staat ist jedes Gemeinwesen — und nur ein solches —, dessen Organisation (und ihre Fortbildung) auf eigener Gesetzgebung beruht, wenn auch diese Gesetzgebung an gewissen Geboten eines übergeordneten Staats eine Schranke findet. Daher sind die Deutschen Einzelstaaten Staaten, obwohl sogar das ihnen übergeordnete Reich die Kompetenzkompetenz hat, d. h. einseitig jede bisher den Einzelstaaten verbliebene Gesetzgebungsmaterie in seinen Bereich hinüberziehen kann, und sind die englischen Kolonien wie Australien, Kanada, Kapland nicht Staaten trotz ihrer ausgedehnten Selbstverwaltung mit eigenen Parlamenten und Ministern[1]), denn ihre ganze Organisation beruht nicht auf eigenen Gesetzen, wie die der deutschen Einzelstaaten, sondern auf englischen, und England kann durch sein Parlament jederzeit diese ganze Herrlichkeit von Grund aus umkehren. Ebenso sind Finnland im Verhältnis zu Rußland, Kroatien zu Ungarn, die österreichischen Länder zu Österreich keine Staaten[2]). — Die Unteilbarkeit der

---

[1]) Man hört auch diese vielfach als Autonomie bezeichnen.

[2]) Die Unabhängigkeit der souveränen Staaten ist nicht Unbeschränktheit. Sie sind beschränkt durch die Rechtsordnung. Wollte ein Staat ohne solche leben, so läge Willkürherrschaft oder Anarchie vor, beide sind staatsnegierend. Der Staat ist also, um als solcher zu existieren, auf Selbstbeschränkung angewiesen. Diese setzt er sich nach außen im Völkerrecht, nach innen in der staatlichen Rechtsordnung. Denn letztere bindet nicht bloß die Untertanen, sondern auch den Staat, da dessen Organe den Untertanen gegenüber nach den Gesetzen handeln müssen („Lehrsatz von der doppelseitigen Bindungskraft des staatlichen Rechts").

Staatsgewalt, zu deren Gunsten, wie oben gezeigt, ein dynamisches Gesetz im sozialen Leben wirksam ist, ist heutzutage auch im Rechte der Staaten durchgehends fixiert.

3. Jeder Staat hat eine Verfassung. Das aber ist ein vieldeutiger Ausdruck. Verfassung ist zunächst Organisation, Inbegriff der Organe im Gegensatz zur Verwaltung als dem der Funktionen. (Verhältnis wie von Anatomie und Physiologie.) Aber der gebräuchlichsten Terminologie nach umfaßt die Verfassung nur die Rechtssätze, welche die obersten Organe, ihre Funktionen sowie das Verhältnis des einzelnen zur Staatsgewalt bestimmen [1]), eine juristisch scharfe Begrenzung liegt darin freilich nicht. Seit dem 17. Jahrhundert hat (außer in England, wo sie entstand) allgemein die Idee die Herrschaft gewonnen, diese Regeln müßten in einer besonderen Urkunde niedergelegt sein [2]). Da ein möglichst geringes Schwanken der Verfassungszustände für ruhige Entwickelung des Staatswesens ein notwendiges Erfordernis ist, so sind sehr vielfach verfassungsändernde Gesetze erschwerenden Formen unterworfen [3]).

---

1) Bedenkt man, daß der ganze Staat ein Vorgang ist (Seite 151), so zeigt sich, daß die Verfassung ebensosehr Tätigkeit ist wie die Verwaltung. Aber Verfassung ist eben die Tätigkeit, durch welche der staatliche Wille hergestellt wird, die Tätigkeit der Organbildung. Den so gewonnenen Begriff muß man freilich noch soweit beschränken, daß man nur von den höchsten Organen spricht. Die Herstellung der übrigen, die sogenannte „Behördenorganisation“ fällt dann mit in die Verwaltungstätigkeit. Daß in den Verfassungen auch vom Rechte des einzelnen die Rede ist, beruht auf den alten Anschauungen von den Grundrechten. (S. 30.)

2) Seitdem wird „Verfassung“ auch synonym mit „Verfassungsurkunde“ oder „Staatsgrundgesetz“ gebraucht. Endlich ist „Verfassung“ noch gleich „konstitutionelle Staatsform“.

3) Deren Wert ist politisch nicht zu hoch zu veranschlagen. Sie wirken, soweit Rechtssätze eben wirken können. In einem soliden Staatswesen wird auch ohne solche Kautelen die Verfassung in Ruhe bleiben, in anderen wird durch sie dem Rütteln an der Verfassung kein unüberwindlicher Damm entgegengesetzt.

4. Bezüglich der Staatsorgane vergl. § 3[1]).

5. Die Lehre von den Staatsfunktionen, um deren Leistung willen die Staatsorgane da sind, ist von Aristoteles geschaffen. An die Stelle seiner Trichotomie: Gesetzgebung, Justiz, Verwaltung setzt die moderne Wissenschaft eine Dichotomie: Gesetzgebung und Verwaltung (i. w. S. einschl. Justiz): erstere schafft die Gesetze, letztere führt sie aus, erstere gibt abstrakte und allgemeine, letztere konkrete und spezielle Anordnungen. Das moderne konstitutionelle Staatsrecht hat in diese Einteilung eine merkwürdige Inkongruenz hineingetragen. Es können nämlich vom Gesetzgebungsapparat (z. B. Krone und Parlament) auch konkrete und spezielle Anordnungen ausgehen. Das sind dann also materiell bloße Verwaltungsakte, formell aber Gesetze. Ebenso aber haben einzelne Organe auch die Befugnis, allgemeine, abstrakte Anordnungen zu erlassen. (**Verordnungen.**) Man muß daher sowohl unterscheiden: „Gesetz im formellen[2]) und im mate-

[1]) Dort ist auch bereits der Begriff der Repräsentation klargelegt. Wenn man jedoch speziell im Staatsrecht von Repräsentativverfassung spricht, so meint man die Beteiligung einer „Volksvertretung“ an der Ausübung der Staatsgewalt. Man darf aber hier nicht auf die Vorstellung des Volkes als eines eigenen Rechtssubjekts geraten, welches von den Kammern repräsentiert oder gar, wie der unkorrekte Ausdruck lautet, „vertreten“ wird — das würde auf die alte ständische Spaltung des Staates zurückführen — sondern das Volk ist Organ des Staates, welches aber seine Funktionen nur in der Form als Parlament ausüben kann, da die Volksversammlungen, wie sie die Alten hatten, aus begreiflichen Gründen heute beseitigt sind — außer in ganz kleinen Staaten, wie einigen Schweizer Kantonen. Entstanden sind die Repräsentativverfassungen auf dem Kontinent zuerst in Frankreich (seit 1789), breiteten sich im 19. Jahrhundert aus und herrschen heute in der zivilisierten und einem großen Teil der nominell zivilisierten Welt. Bei ihrer Herstellung wurde vielfach an die verfallenen Ständevertretungen angeknüpft. Zu ihrem ursprünglichen Beruf der obersten Finanzkontrolle, bestehend im Steuerbewilligungsrecht und Recht der Zustimmung zur Aufnahme von Anleihen, gesellte sich bald die allgemeine Teilnahme an der Gesetzgebung. Parlament einerseits und Krone (bezw. in Republiken Senat oder dergleichen — in Bundesstaaten, z. B. dem deutschen Reich, ein Bundesrat — andererseits) bilden in ihrem Zusammenwirken den staatlichen Gesetzgebungsapparat.

[2]) Das sind alle vom Gesetzgebungsapparat ausgehenden Anordnungen.

riellen Sinne" [1]) als auch „Verwaltungsakt im materiellen und formellen Sinne". Das bekannteste Beispiel des formellen Gesetzes ist der alljährlich von den Gesetzgebungsfaktoren vereinbarte Staatshaushaltsetat (das Budget). Man erhält so je einen materiellen und einen formellen Begriff für Gesetzgebung und Verwaltung [2]).

6. Im Gegensatz zur zentralisierten antiken πόλις sind die modernen Staaten dezentralisiert, sie besitzen eine Gliederung, indem die Staatsgewalt nicht nur in zentralen Organen sondern auch allenthalben im Lande durch untergeordnete Organe vertreten ist. Es besteht also eine territoriale Verteilung der Verwaltungstätigkeit. Sie ist administrative Dezentralisation, soweit nur eine Verteilung unter die gewöhnlichen, aus Berufsbeamten bestehenden Behörden vorliegt [3]), Dezentralisation durch Selbstverwaltung, soweit die lokale Verwaltung durch Laien oder durch „gemischte (scil. mit Berufsbeamten) Laienbehörden", also durch die Interessenten selbst, stattfindet. Sehr vielfach werden mit dieser Selbstverwaltung Organe der Kommunalverbände betraut, welch letztere so, als „Selbstverwaltungskörper" der staatlichen Behördenorganisation eingegliedert, den staatlichen Zwecken dienen (z. B. bei der Erhebung der Staatssteuern mitwirken, oder beim militärischen Aushebungsgeschäft) [4]). —

---

[1]) Das sind alle (wie S. 161 Anm. 2), sofern sie allgemeiner und abstrakter Natur sind.

[2]) Das gleiche findet zwischen der Justiz und der Verwaltung im engeren Sinne statt, da es Verwaltungsakte gibt, die von Justizbehörden in Formen der Justiz und Justizakte (der materiellen Natur nach) gibt, die von Verwaltungsbehörden im Verwaltungswege vorgenommen werden. (Z. B. Polizeistrafen.)

[3]) Die durch sie geübte Verwaltung heißt aktive oder Administrativverwaltung.

[4]) Mit der verbandsmäßigen Eigenverwaltung der Kommunalverbände (oben Seite 44) darf diese Selbstverwaltung nicht verwechselt werden. Zu bemerken ist noch, daß durchaus nicht alle lokale Staatsver-

7. Der Staat bedarf, auch wenn er mehrere unmittelbare Organe hat, eines höchsten Organs, dessen Tätigkeit „den Anstoß zur gesamten staatlichen Tätigkeit gibt“ und so den Staat überhaupt im Gang erhält. Es ist gleichzeitig dasjenige Organ, „dessen Entscheidung für die Änderungen der Rechtsordnung notwendig ist, und das durch das Recht der Kriegserklärung die Existenz des Staats aufs Spiel setzen kann“. Ist dies Organ ein einzelner Mensch, so liegt monarchische, ist es eine Mehrheit von Menschen, so liegt republikanische Staatsform vor. Trotz der vielen Spielarten dieser Staatsformen ist der Unterschied doch ein recht scharfer, denn auch in der konstitutionell beschränkten Monarchie kann das Parlament ohne Mitwirkung des Monarchen keine Gesetze machen, hingegen der Präsident, welchen manche Republiken haben, steht, obwohl das Amt bewußt dem königlichen nachgebildet ist in der Erkenntnis, daß gewisse Tätigkeiten in großen Staaten am besten von einem ausgeübt werden, doch niemals einem Monarchen gleich, indem die Volksvertretung über seinen Kopf hinweg Gesetze machen kann. Gleichwohl darf man die politische Bedeutung des Unterschiedes der Staatsformen nicht — wie aus historischen Gründen häufig geschieht — überschätzen. Es ist verkehrt, wenn der Monarchist die Monarchie, der Republikaner die Republik für die allein

---

waltung Selbstverwaltung ist, dergestalt, daß ein Staat, welcher diese eingeführt hat (wie im 18. Jahrhundert ziemlich allgemein geschehen), sich der Aktivverwaltung in der Provinz ganz begeben und diese auf die Zentralstellen beschränkt habe. Es kommt aber vielfach vor, daß Beamte der Aktivverwaltung gleichzeitig mit Selbstverwaltungsfunktionen betraut sind; ist nun ein aktiver Beamter (wie der preußische Landrat) gar gleichzeitig Organ eines mit Selbstverwaltung versehenen Kommunalverbandes (der Landrat: des Kreises), so hat er einen dreifachen Wirkungskreis: a) in der Aktivverwaltung, b) in der Selbstverwaltung, c) in der kommunalen Eigenverwaltung. — Die kourante Terminologie liebt es, die kommunale Eigenverwaltung „Selbstverwaltung“ zu nennen. Sie bezeichnet dann im Gegensatz dazu die eigentliche Selbstverwaltung als „staatliche Selbstverwaltung.“

richtige Staatsform ausgibt, und lächerlich, wenn gar der eine die monarchistische, der andere die republikanische Gesinnung zur menschlichen Tugend stempelt. Namentlich in neuerer Zeit wird der Unterschied zwischen Monarchie und Republik durch andere Unterschiede an politischer Bedeutung weit übertroffen.

8. Bestehen zwischen verschiedenen Staaten dauernde, auf speziellem Rechtsgrund beruhende Beziehungen, so spricht man von Staatenverbindungen. Diese sind teilweise bloß völkerrechtlicher Natur wie die Allianzen (Bündnisse) und Staatenvereine: erstere verfolgen kriegerische Zwecke (Defensiv- und Offensivallianzen: Dreibund, Zweibund u. s. w.), letztere friedliche[1]), oder auch friedliche und kriegerische. So namentlich die Personalunion, welche vorliegt, wenn zufällig der Monarch eines Staates gleichzeitig Monarch in einem anderen ist (Großbritannien mit Hannover bis 1837, Niederlande mit Luxemburg bis 1893), und der Staatenbund (Rheinbund, Deutscher Bund, Brasilien). In allen diesen können die Vereinsorgane niemals weder über die Staaten noch deren Angehörige imperium üben, sie müssen es dem guten Willen der Vereinsmitglieder überlassen, inwieweit sie die Vereinsbeschlüsse ausführen wollen. (So gelten z. B. Handelsgesetzbuch und Wechselordnung, welche vom Deutschen Bund geschaffen wurden, nicht kraft der Bundesbeschlüsse sondern kraft Einführung als Landesgesetz in den einzelnen Staaten, sie sind allgemeines, nicht gemeines Recht.) Die möglichen Pressionsmittel sind lediglich die des Völkerrechts (vergl. Seite 183). Daher bleiben auch die Mitglieder souverän. Staatenverbindungen auf staats-

[1]) Man spricht hier von den „Verwaltungsvereinen des Völkerrechts“, z. B. Weltpostverein, Telegraphen-, Meter-, Eisenbahnfrachtverein u. s. w. Als Organe derselben sind vielfach internationale Kommissionen eingesetzt.

rechtlicher Grundlage sind dagegen der Staatenstaat (ein Oberstaat mit Unterstaaten, die Türkei mit Bulgarien und Ägypten) und der Bundesstaat (Nordamerika, Schweiz, Deutsches Reich). Souverän sind in diesen Verhältnissen nur der Oberstaat, bezw. der Bundesstaat; die Unterstaaten, bezw. die Einzelstaaten sind, namentlich in ihren auswärtigen Beziehungen, von dem übergeordneten Gemeinwesen abhängig, nichtsouverän. Nicht auf völkerrechtlicher Vereinbarung, sondern auf Staatsgesetz des übergeordneten Staates beruht diese ihre Stellung (in Bundesstaaten auf der Bundes- oder Reichsverfassung). Die Staatsgewalt im Bundesstaat kann sogar Gesetze mit verbindender Kraft für die Angehörigen der Einzelstaaten erlassen (unsere Reichsgesetze), auch Justiz und Verwaltung über sie üben; jeder Angehörige des Einzelstaats ist gleichzeitig Bundesangehöriger (bei uns also „Reichsangehöriger"). — Die Realunion endlich ist eine Verbindung von Staaten, welche kraft übereinstimmenden Verfassungsgesetzes denselben Monarchen haben (Österreich-Ungarn, Schweden-Norwegen). Sie pflegen die auswärtigen Angelegenheiten gemeinsam zu verwalten. Ein über beiden stehendes Gemeinwesen ist nicht vorhanden.

§ 16. Deutsches Staatsrecht.

Quellen des Staatsrechts wie aller anderen Rechtsteile sind Gesetz und Gewohnheit. Aber später als in anderen Rechtsquellen tritt hier das Gesetz zur Seite der Gewohnheit und ringt ihm langsamer den Boden ab. Kodifikationen gar werden kaum gefunden. So bilden den Quellenbestand des geschriebenen Staatsrechts eine Menge Einzelgesetze, unter denen nur die Verfassungsurkunden der neueren Zeit eine gewisse Auszeichnung genießen: Verfassung des Deutschen Reiches 1871, Verfassung Preußens 1850, Bayerns 1818, Württembergs 1819, Sachsens 1831, Badens 1818. An älteren Staatsrechtsquellen

sind hervorzuheben: Friedrichs II. confoederatio cum principibus ecclesiasticis 1220 und statutum in favorem principum 1232; Ludwigs des Bayern constitutio de iure et excellentia imperii (betr. Unabhängigkeit der Kaiserwahl vom Papste), die goldene Bulle 1356, verschiedene Landfrieden (namentlich der Mainzer 1235 und der ewige von 1495), die Wahlkapitulation, durch die seit Karl V. die Kaiser sich den Kurfürsten gegenüber zur Beobachtung gewisser Regierungsgrundsätze verbanden, die Reichskreisordnung 1521, die deutschen Religionsverträge (Passauer Vertrag 1552, Augsburger Religionsfrieden 1555,) der westfälische Friede, die älteren Konkordate (Calixtinum!) u. a. m.

1. Das **Gebiet** des Deutschen Reiches umfaßt die Gebiete der Einzelstaaten und des Reichslandes (Reichsprovinz) Elsaß-Lothringen.

2. Das **Staatsvolk** des Deutschen Reiches besteht aus denjenigen Menschen, welche die Reichsangehörigkeit besitzen; ipso iure hat jeder Staatsangehörige eines Einzelstaates auch die **Reichsangehörigkeit**. Der **Erwerb der Staatsangehörigkeit** erfolgt durch **Abstammung** (eheliche Kinder folgen der Staatsangehörigkeit des Vaters, uneheliche der der Mutter), bei Frauen durch **Verheiratung**. Endlich durch **Verleihung** seitens des betreffenden Staates, welche durch **Anstellung** im Dienste desselben ersetzt wird. Der **Verlust der Staatsangehörigkeit** erfolgt, außer durch Verheiratung von Frauen, die Ausländer ehelichen 2c., durch **Entlassung** auf Antrag, deren Erteilung aber bekanntlich in hohem Grade von den Bedingungen der Militärpflicht abhängig ist[1]).

3. a) Die **Organisation** der deutschen Einzelstaaten weist zwei verschiedene Typen auf, gemäß dem

---

[1]) Im übrigen wird bezüglich des Verhältnisses der Untertanen zum Staat auf das in der allgemeinen Staatslehre § 16, Seite 156 mitgeteilte verwiesen.

Unterschiede der Verfassungen in beschränkt-monarchische[1]) und republikanische. In den Monarchien ist das oberste Organ der Monarch (König, Großherzog, Herzog, Fürst). Die Würde ist erblich nach einer Ordnung, die im ganzen auf lehenrechtlichen Grundsätzen beruht. Ist der Monarch minderjährig bezw. unfähig zur Regierung (auch nondum natus), so tritt Regentschaft ein, für die Zeit einer vorübergehenden Verhinderung kann er sich in manchen Staaten, z. B. Preußen, einen Stellvertreter ernennen („Regierungsstellvertretung").

Das die Monarchie beschränkende Element bilden die Landtage, — in allen größeren und mittleren Staaten nach dem Zweikammersystem eingerichtet. In Preußen geht die 2. Kammer (Abgeordnetenhaus) aus Wahlen der über 24 Jahre alten, im Vollbesitz der bürgerlichen Ehrenrechte befindlichen selbständigen Staatsbürger hervor. Die Wahlen sind öffentlich, indirekt, indem erst „Wahlmänner" erwählt werden, die dann ihrerseits den Abgeordneten wählen, und ungleich, da die Wähler nach der Steuerleistung in drei Klassen geteilt sind. Die erste Kammer (Herrenhaus) besteht aus teils erblichen, teils lebenslänglichen Mitgliedern, die entweder kraft Rechtssatzes oder durch königlichen Willen — und zwar teilweise auf Präsentation dazu berechtigter Körperschaften — berufen sind.

Zentrale Staatsbehörden sind die Ministerien[2]): in Preußen: Ministerium des Innern[3]), Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medizi-

---

[1]) Nur die konstitutionelle Monarchie kommt hier, wie in allen modernen Darstellungen des deutschen Staatsrechts zu Worte, die ständische Monarchie, wie sie in den beiden Mecklenburg besteht, nicht.

[2]) Der Staatsrat in Preußen im allgemeinen, Württemberg, Bayern ꝛc. fungiert nur als eine besondere, den Monarchen in außerordentlichen Angelegenheiten beratende Versammlung hoher Würdenträger.

[3]) Über äußeres vergl. unten S. 168.

nal-Angelegenheiten („Kultusministerium"), Justizministerium, Ministerium für Handel und Gewerbe, Ministerium für Landwirtschaft, Domänen und Forsten, Ministerium der öffentlichen Arbeiten, Finanzministerium und Kriegsministerium. Lokale bezw. Provinzialbehörden sind in Preußen die der Gemeinden und Gutsbezirke, der Kreise, Regierungsbezirke und Provinzen. Mit Ausnahme der Regierungsbezirke sind sie sämtlich Kommunalverbände. Die obersten Organe der freien Städte sind Senat und Bürgerschaft, deren Mitglieder gewählt werden. Die Lokalbehörden sind sehr verschieden organisiert.

b) Die Zentralorgane des Reichs sind der Bundesrat, der Kaiser, der Reichstag und der Reichskanzler. Der Bundesrat enthält die Vertreter der verbündeten Regierungen[1]) (58 Stimmen, Preußen 17, Bayern 6). Den Vorsitz führt der Reichskanzler, der gleichzeitig preußischer Bevollmächtigter sein muß. Die Würde des Kaisers haftet an der preußischen Krone. Der Reichstag ist das Reichsparlament und besteht aus einer durch allgemeine gleiche, geheime und direkte Wahlen erzeugten Kammer. Der Reichskanzler ist als einziger Reichsminister die Spitze der Reichsbehörden. Unter ihm stehen als zentrale Ressortbehörden: das Reichsamt des Innern, das auswärtige Amt, welches die auswärtigen Angelegenheiten Preußens gegen eine Entschädigung mitbesorgt; das Reichsmarineamt, das Reichspostamt, Reichsjustizamt, Reichsschatzamt, Reichspatentamt, Reichsversicherungsamt und a. m. Die Justizbehörden des Reiches sind das Reichsgericht, die Konsulargerichte und die Marinestrafgerichte. Auf die

---

[1]) Er ist das höchste Organ, die Staatsform des Deutschen Reichs ist daher die republikanische.

Organisation der zur Verwaltung Elsaß-Lothringens berufenen Reichsbehörden kann hier nicht des näheren eingegangen werden.

Die Beamten oder Staatsdiener zerfallen in Reichs-, Staats- und Kommunalbeamte, ferner in Richter und nichtrichterliche Beamte[1]). Die Pflichten der Beamten sind: Erfüllung ihrer Dienstobliegenheiten, Gehorsam gegen die Vorgesetzten und Beobachtung der Gesetze — im Amtseide pflegt die Verfassung besonders erwähnt zu werden — und Aufrechterhaltung des Dienstgeheimnisses. Außerdem allgemein Beobachtung eines achtungswürdigen Verhaltens. Die Verstöße gegen diese Pflichten werden, soweit sie nicht als „Amtsverbrechen" der strafrechtlichen Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte unterliegen, im Wege des Disziplinarverfahrens geahndet. Die Disziplinarmittel sind: Warnung, Verweis, Geldbuße — Arrest kommt für „höhere Beamte"[2]) nirgends vor — und Entfernung aus dem Amte, die entweder als Dienstentlassung oder als Strafversetzung in Erscheinung tritt. Die Rechte der Beamten sind: Anspruch auf Rang und Titel, auf Besoldung (eventuell Pensionen) und Vergütung der Dienstauslagen.

4. Funktionen: a) Die Gesetzgebung steht, soweit sie nicht, wie für das bürgerliche und Handelsrecht, das Strafrecht, das Prozeßrecht, das Gewerberecht und andere wichtige Materien dem Reiche vorbehalten ist, den Einzelstaaten zu. Die Landesgesetzgebung erfolgt durch Vereinbarung zwischen Monarchen und Landtag bezw.

[1]) Über die hauptsächliche Bedeutung des Unterschiedes siehe Seite 170.

[2]) Man unterscheidet: a) höhere Beamte, b) Subaltern-, Bureau- oder mittlere Beamte (z. B. die Gerichtsschreiber), c) Unterbeamte (z. B. Kanzlisten, Gerichtsdiener u. s. w.). Vgl. übrigens Teil I S. 203.

zwischen Senat und Bürgerschaft, die Reichsgesetzgebung durch Vereinbarung zwischen Bundesrat und Reichstag. Die Publikation der zustande gekommenen Gesetze erfolgt durch den Monarchen bezw. den Senat, im Reiche durch den Kaiser.

b) Die Justiz ist sowohl, was die eigentliche Rechtsprechung als auch was die Justizverwaltung angeht, im ganzen den Einzelstaaten verblieben; Ausnahmen: Reichsgerichtssachen ꝛc, wozu jedoch zu bemerken ist, daß Sachen, die erst im Instanzenzuge an das Reichsgericht gehen, natürlich als der Gerichtsbarkeit des Staates unterliegend gelten, dessen Gericht in erster Instanz erkannt hat, daher in Strafsachen dieser Art auch das Begnadigungsrecht dem Fürsten bezw. Senat dieses Landes, nicht, wie in den Sachen der Reichsgerichtsbarkeit, dem Kaiser zusteht. Die Unabhängigkeit der Richter[1]), mit welchen die Gerichte besetzt sind, ist reichsgesetzlich garantiert einmal dadurch, daß Richter wider ihren Willen nur kraft Richterspruchs und nur aus gesetzlich festgelegten Gründen dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben, an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden können, ferner durch starke Einschränkung der Zuziehung von Hilfsrichtern, genaue Regelung der Vertretung von Richtern und die Vorschrift, daß die Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Richter bei einem jeden Gericht auf ein Jahr im voraus festzulegen ist.

c) Die Verwaltung verteilt sich folgendermaßen:

α) In der auswärtigen Verwaltung überwiegt die Kompetenz des Reichs bei weitem die der Einzelstaaten,

---

[1]) Die Staatsanwaltschaft untersteht zwar dem Justizminister (bezw. die Reichsanwaltschaft dem Reichsjustizamt), ihre Beamten sind aber nicht richterliche und daher abhängig von den dienstlichen Befehlen ihrer Vorgesetzten, auch wenn sie vor den Gerichten auftreten.

zumal diese des Bündnisrechts und Rechts der Kriegsführung verlustig gegangen sind und nur das Gesandtschaftsrecht behalten haben.

Die völkerrechtliche Vertretung des Reichs steht dem Kaiser zu. Er hat im Namen des Reichs Krieg zu erklären[1]) und Frieden zu schließen, Bündnisse und andere Verträge mit fremden Staaten zu schließen, Gesandte sowie Konsuln zu beglaubigen und zu empfangen.

β) Über die Verwaltung des Innern vergl. § 17, Seite 175 ff. Sie ist fast ganz in Händen der Einzelstaaten verblieben; als Ausnahme stechen die Verwaltung der Reichseisenbahnen (z. B. in Elsaß-Lothringen), der Reichspost[2]) und die Aufsicht über die Verwaltung der Landeseisenbahnen hervor.

γ) In der Militärverwaltung sind zu unterscheiden der Oberbefehl (Kommandogewalt) und die eigentlichen Militärverwaltungsbefugnisse. Die notwendige Einheit des Reichsheeres wird gewahrt durch die Einheit der Militärgesetzgebung, die grundsätzliche Einheit der Heeresgliederung, Bewaffnung und Bekleidung und endlich durch die weitreichende Kommandogewalt und Militärverwaltungsbefugnis des Kaisers. Nach deren Grad sind zwei Gruppen zu unterscheiden: 1. Die preußische Armee mit dem württembergischen (XIII.) und dem sächsischen Armeekorps, welche eine relativ selbständige Stellung einnehmen, während die Truppen der übrigen Staaten außer Baden, Hessen und den Mecklenburg überhaupt nicht als besondere Kontingente im Verbande

---

[1]) Ohne besondere Zustimmung des Bundesrats jedoch nur, wenn ein Angriff auf das Reichsgebiet erfolgt.

[2]) Bayern hat eigene Post behalten.

der preußischen Armee auftreten[1]). 2. Die bayerische Armee, die, völlig selbständig, nur im Kriege unter den Oberbefehl des Kaisers tritt.

δ) Die Verwaltung der Finanzen[2]) steht im Reiche wie in den Einzelstaaten unter dem Zeichen des konstitutionellen Budgetrechts. Das Finanzrecht der Einzelstaaten[3]) ist in typischen Zügen derartig geordnet, daß den Grundstock der Einnahmen öffentlicher Natur[4]) direkte Steuern bilden. Das Reich hat außer privatrechtlichen Einnahmen (aus den Reichseisenbahnen in Elsaß-Lothringen, der Reichsdruckerei 2c.) und den Gebühren (namentlich Post- und Telegraphengebühren!) solche aus indirekten Steuern. Die Hauptrolle spielen die Zölle. Deutschland ist ein einheitliches Zollgebiet mit gemeinschaftlichen Zollgrenzen, wenngleich die Zollerhebung den Einzelstaaten zufällt. An weiteren Reichssteuern bestehen: Bier-, Branntwein-, Salz-, Tabak-, Zucker-, Spielkartensteuer und die Stempel- und Bank- und Börsensteuern. Außerdem zahlen die Einzelstaaten Matrikularbeiträge an das Reich.

§ 17. Deutsches Verwaltungsrecht.

Betreffs der Quellen des Verwaltungsrechts gelten dieselben allgemeinen Grundsätze wie über die des Staatsrechts.

---

[1]) Die Rechte, die den einzelnen Monarchen und Senaten teils über die in ihren Ländern staatsangehörigen Militärpersonen, teils über die in denselben dislozierten Truppen belassen sind, — namentlich Ehrenrechte — werden unter dem Begriff der „Kontingentsherrlichkeit" zusammengefaßt.

[2]) Vergl. darüber v. d. Borght, Finanzwissenschaft, Sammlung Göschen, Nr. 148.

[3]) Innerhalb der Einzelstaaten und des Reichslandes führen die Kommunalverbände und Gemeinden eine öffentliche Finanzverwaltung für ihre eigenen Bedürfnisse, für welche sie vom Staate mit bestimmten Rechten zur Steuer- und Gebührenerhebung ausgestattet sind, außerdem wirken ihre Organe bei Erhebung der Staatssteuern vielfach mit.

[4]) Man unterscheidet nämlich von den öffentlichen Einnahmen, welche aus Gebühren und Steuern bestehen, die privatrechtlichen (aus Forst- und Domänenwirtschaft, Staatseisenbahnen u. s. w.).

A. **Allgemeiner Teil.** 1. Verwaltung ist die gesamte Staatstätigkeit unter Ausschluß der Verfassungstätigkeit (also insbesondere der Gesetzgebung) und der Justiz. Über ihre Abgrenzung von der Verfassung vgl. Seite 160 [1]). Ihre Abgrenzung von der Justiz wird materiell dadurch begründet, daß die Justiz über Rechte entscheidet, die Verwaltung über bloße Interessen; die Justiz einzig nach dem Gesetze handelt, die Verwaltung nach Zweckmäßigkeitsrücksichten, nach diskretionärem Ermessen. (Der formellen Unterscheidung nach ist die Justiz die Tätigkeit der Gerichte, Verwaltung die der Verwaltungsbehörden) [2]).

2. Der Staat zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus war „Polizeistaat", d. h. der Untertan wurde von der Verwaltung bis in die kleinsten Angelegenheiten bevormundet nach der Devise: „alles fürs Volk, nichts durchs Volk." Die gesamte Staatstätigkeit aber hatte ihren Mittelpunkt in dem allmächtigen Monarchen, der für Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz das alleinige oberste Organ war und sie nach Gefallen ausübte. Seit Friedrich dem Großen wurde zunächst unter Beseitigung der Kabinettsjustiz die Rechtsprechung dergestalt unter feste, die Willkür ausschließende rechtliche Garantien gestellt, daß die Gerichte **unabhängig** (scil. von der monarchischen Gewalt) gemacht wurden; durch die Einführung konstitutioneller Verfassungen wurden solche Garantien auch für die Gesetzgebung geschaffen, und Hand in Hand damit ging ihre Herstellung auf dem Gebiet der Verwaltung: am Ende war ein weitreichender rechtlicher Schutzwall gegen Eingriffe der vollziehenden Gewalt in die Sphäre

---

1) Es wurde dort hervorgehoben, daß, abgesehen von den obersten Organen, die Behördenorganisation ins Verwaltungsrecht fällt. Es kann über diese aber nicht viel mehr mitgeteilt werden, als Seite 167ff. gegeben ist.

2) Vergl. S. 44.

des Individuums erstanden und damit der **Rechtsstaat**[1]) geboren. Die Summe der auf die Verwaltung bezüglichen Rechtsregeln ist das **Verwaltungsrecht**. Viele rechnen die Existenz des Verwaltungsrechts erst von der Entstehung des Rechtsstaates an; das ist unrichtig, weil rechtliche Grundlagen der Verwaltung, insbesondere der Behördenorganisation, immer vorhanden waren. Aber das Verwaltungsrecht ist in der Zeit des Rechtsstaates unendlich bereichert worden und erst in dieser zu wissenschaftlichem Leben erwacht[2]).

3. Die Verwaltungsakte sind ihrer rechtlichen Natur nach teils Gebote und Verbote, teils Erlaubnisse, teils Feststellungen und Beurkundungen, teils endlich rechtsschaffende und rechtsaufhebende Handlungen.

4. Man unterscheidet fünf große Gebiete der Verwaltungstätigkeit, die **Verwaltungszweige**, nämlich: 1. Verwaltung des Innern, 2. Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten, 3. Finanz-, 4. Militär-, 5. Justizverwaltung[3]).

5. Unter den rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, die der moderne Rechtsstaat aufstellt, ist bemerkenswert die **Verwaltungsgerichtsbarkeit**. Es wurde oben bemerkt, daß die Verwaltung prinzipiell nach Zweckmäßigkeitsrücksichten und über bloße Interessen entscheide. Soweit dies der Fall ist, haben Untertanen, die sich durch Verwaltungsmaßnahmen bedrückt fühlen, kein Mittel

---

[1]) Rechtsstaat hier im Gegensatz zu Polizeistaat, also ein anderer Begriff als der im Gegensatz zum „Kulturstaat" stehende Rechtsstaat (Seite 154).

[2]) Die ältere Zeit kannte bloß eine (rein soziale) „Verwaltungslehre", an deren System übrigens das heutige Verwaltungsrecht in seinem speziellen Teil (in Ermangelung eines besseren) anzuknüpfen pflegt.

[3]) Kein Verwaltungszweig ist die **Polizei**. Sie ist diejenige Tätigkeit, welche sich in der Beschränkung der persönlichen Freiheit des einzelnen äußert und in der Form von Zwang auftritt. Als solche durchdringt sie alle Verwaltungszweige.

als eine Beschwerde, über die dann „im Verwaltungswege“, d. h. von den Verwaltungsbehörden nach den für die Verwaltung maßgebenden Gründen des diskretionären Zweckmäßigkeitsermessens entschieden wird. Aber es kann auch vorkommen, daß eine Verwaltungsbehörde subjektive öffentliche Rechte[1]) einer Person verletzt. In diesem Falle kann die letztere auch den Rechtsweg wählen[2]), d. h. die Verwaltungsbehörde vor einem Verwaltungsgericht verklagen. Dieses ist, wie die ordentlichen, über privatrechtliche und Strafansprüche judizierenden Gerichte unabhängig und entscheidet kollegial (während die Verwaltungsbehörden abhängig sind und meist — in Preußen jetzt durchweg — bureaukratisch arbeiten) in einem dem ordentlichen Zivilprozesse nachgebildeten Verfahren. Vor die Verwaltungsgerichte können übrigens auch gewisse Streitigkeiten über öffentliche Rechte zwischen einzelnen, zwischen Gemeinden bezw. sonstigen Kommunalverbänden und endlich zwischen über ein Recht in verschiedener Meinung verharrenden Staatsbehörden gebracht werden[3]).

B. Besonderer Teil. 1. Unter den Verwaltungszweigen ist der umfangreichste die innere Verwaltung. Sie zerfällt in sechs große Gebiete, nämlich:

a) die Regelung der persönlichen Verhältnisse, und zwar einmal soweit in Angelegenheiten des privatrechtlichen status Verwaltungstätigkeit erforderlich also insbesondere Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung (Standesämter) und Namensänderung,

---

[1]) Über den Begriff, insbesondere den Unterschied vom bloßen Interesse vergl. Teil I Seite 15ff. u. II S. 22.

[2]) Das Prinzip hat aber bedeutsame Ausnahmen. In manchen Staaten ist auch nur für einzelne besonders bestimmte Fälle der Rechtsweg offen gelassen.

[3]) Aber nur in gesetzlich festgelegten Fällen; z. B. zwischen Magistrat und Stadtverordnetenversammlung (Preußen), nicht aber zwischen Ministern.

ferner die Aufsicht über Korporationen und Stiftun
Dazu kommt das sogenannte Heimats- und Niel
lassungswesen; dasselbe beruht heute auf dem Pri
der Freizügigkeit[1]), da die alten Hemmnisse des
und Zuzuges beseitigt sind. Diese hingen eng mit
wirtschaftlichen Verhältnissen zusammen, insbesondere
der Armenlast, bezüglich welcher die einzelnen Gemein
einander scheelsüchtig überwachten; daher war im
schluß an die Einführung der Freizügigkeit auch
sprechende Bestimmung über den Unterstützun
wohnsitz zu treffen. Endlich gehört hierher die
den Erwerb und Verlust der Reichs- und Sta
angehörigkeit sowie die Behandlung im Inland
wesender Ausländer (z. B. etwaige Ausweisung) bezügl
Verwaltungstätigkeit.

b) Die Sicherheitspolizei tritt in Wirksam
einmal in allgemeineren Maßregeln (z. B. als Krimin
polizei im Dienste der Staatsanwaltschaft und der G
richte, als Waffen- und Sprengstoffpolizei u. s. w.)
dann aber auch besonders gegen bestimmte Perso
(Bettler, Landstreicher, bestrafte Verbrecher, aber a
gegen Fremde; hierher gehört das Paß- und Meldewe
oder Tätigkeiten (Preßpolizei, Vereins- und Versan
lungspolizei). Endlich gibt es besondere sicherhe
polizeiliche Maßregeln in der Erklärung des Krie
oder des Belagerungszustandes.

c) Das Gesundheitswesen. Man unterscheid
das Sanitätswesen, welches sich auf die Bekämpfung
Seuchen, das Impfwesen, sowie den Verkehr mit Nahrun
Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen erstreckt;
das Medizinalwesen, welches die Aufsicht (einschließ

[1]) Reichsgesetz 1869.
[2]) Neben der allgemeinen Ordnungspolizei.

Approbation und Disqualifikation) über das Heilpersonal (Ärzte, Tierärzte, Apotheker, Hebammen) und die Heilanstalten (Siechen- und Irrenwesen!) umfaßt.

d) Das Bildungswesen, einst, soweit öffentliche Anstalten dafür überhaupt vorhanden, in Händen der Kirche, ist heute in großartigem Umfange Gegenstand der staatlichen Verwaltung. Die Basis der modernen Rechtszustände auf diesem Gebiete bildet die allgemeine Schulpflicht und das damit zusammenhängende Institut der Volksschule. Auch die ehemals freier gestellten höheren Lehranstalten (Mittelschulen), die Fachschulen, sowie die Hochschulen (Universitäten und Hochschulen für künstlerische und technische Berufsarten sind jetzt durchgängig (weltliche) öffentliche Anstalten. Die Privatschulen unterliegen staatlicher Aufsicht.

e) Der Sittenpolizei unterliegt die Regelung der Prostitution, die Überwachung der Gast- und Schankwirtschaften (Gestattung von Tanzlustbarkeiten), die Unterdrückung verbotenen Glücksspiels und die „Fürsorge"- oder „Zwangs"-Erziehung verwahrloster Kinder.

f) Die Verwaltung der wirtschaftlichen Angelegenheiten hat sich auf ein fast unübersehbares Gebiet ausgedehnt. Da ist *α)* die Regelung der Grundbesitzverhältnisse: Vermarkung, Enteignung und die umfangreiche Tätigkeit, welcher die Beseitigung der Überbleibsel mittelalterlicher Wirtschaftsordnung erfordert, also insbesondere die Grundentlastung, die Gemeinheitsteilungen u. s. w. Dann *β)* das Wasserrecht (besonders Deichwesen), ferner *γ)* die auf die Urproduktionen (Landwirtschaft, Forstwesen, Jagd, Fischerei und Bergbau) gerichtete Verwaltungstätigkeit. Sodann *δ)* das Gewerbewesen. Die Basis des modernen Gewerberechts bildet die Ge-

werbefreiheit, indem der Zunftzwang und andere Schranken des freien Gewerbebetriebs beseitigt sind. Freilich sind im Interesse der Ordnung und Sicherheit gewisse Kontrollen wie polizeiliche Beaufsichtigungsrechte und das Gewerbescheins- und für gewisse Gewerbe das Konzessionenwesen aufrecht erhalten. Das Hausiergewerbe und der Marktverkehr unterliegen besonderen Regeln. Für das gewerbliche Hilfspersonal hat die soziale Gesetzgebung zahlreiche Schutzmaßregeln getroffen. — Endlich gehört hierher das Patentwesen u. dergl. Im ε) Handelswesen kommen die Ein- und Ausfuhrverbote, die Aufsicht über die Börse u. s. w. in Betracht. ζ) Das Geldwesen beruht im allgemeinen auf der (sehr alten) staatlichen Münzhoheit, aber auch η) das Maß- und Gewichtswesen ist heute unter staatliche Aufsicht gebracht worden (Eichung!). Auch auf ϑ) das Kreditwesen erstreckt sich die Verwaltungstätigkeit: in den öffentlichen Leihanstalten, Sparkassen und gewissen Banken (bes. Reichsbank). ι) Das Transportwesen weist mehrere Unterabteilungen auf, die teilweise bei dem heutigen Aufschwung des Verkehrs zu früher ungeahnter Bedeutung sich erhoben haben, nämlich außer dem älteren Recht der Wege, der Wasserstraßen und der Schiffahrt das Eisenbahn- und das Post- und Telegraphenwesen, die ja für sich allein Heere von Beamten beschäftigen. $\varkappa$) Das Versicherungswesen zerfällt in die Aufsicht über die Privatversicherungsunternehmen und in den Betrieb der öffentlichen Versicherung. In ihr liegt der Schwerpunkt der modernen sozialen Gesetzgebung. Sie ist fast durchweg Zwangsversicherung. und zwar spricht man, da sie in der Hauptsache den Angehörigen des 4. Standes zugute kommt, im allgemeinen von Arbeiterversicherung, unterscheidet aber im einzelnen Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung.

2. Ist die innere Verwaltung in Deutschland größtenteils Sache der Einzelstaaten, so liegt die der auswärtigen Angelegenheiten ihrem Schwergewicht nach dem Reiche ob. Die Zentralorgane sind der Kaiser und der Reichskanzler, unter diesem das auswärtige Amt. Im übrigen fungieren Konsuln und Gesandte, und zwar die Gesandten mehr als Organe des eigentlich diplomatischen, die Konsuln mehr als Organe des wirtschaftlichen Verkehrs mit den auswärtigen Staaten.

3. Die Militärverwaltung beschäftigt sich a) mit der Organisation und Tätigkeit der bewaffneten Macht, b) der Regelung der Militärdienstverhältnisse und c) der Militärlasten, d. s. diejenigen vermögensrechtlichen Verpflichtungen, welche den Untertanen im Interesse der Landesverteidigung auferlegt sind: Friedens- und Kriegsleistungen (Einquartierung, Vorspann, Requisitionen u. s. w.) und Rayonbeschränkungen.

4. Die Finanzverwaltung zerfällt in die Verwaltung a) des Staatsvermögens, b) der Staatseinahmen (privatrechtliche aus Domänen und Forsten, Bankbetrieb; öffentliche: Gebühren und Steuern)[1]) und c) der Staatsschulden. Die Verteilung zwischen Reich und Einzelstaaten ist, ebenso wie bei der Militärverwaltung, ziemlich kompliziert. An der Finanzverwaltung haben auch, teils im Interesse des Staats, teils im eigenen, die Kommunalverbände erheblichen Anteil (vergl. Seite 172).

§. 18. Das Völkerrecht.

1. Das Völkerrecht ist das Recht, welches die Beziehungen der Staaten untereinander regelt. Nur

[1]) Vergl. v. d. Borght, Finanzwissenschaft, Samml. Göschen, Nr. 148.

Staaten sind in seinem Bereiche Rechtssubjekte. Das Völkerrecht gilt nur innerhalb der Gemeinschaft europäischer Kultur[1]). Seine Quellen sind hauptsächlich die Gewohnheit, alsdann Rechtsvereinbarungen unter den Staaten. Über den Staaten — wenigstens den souveränen — ist kein Gesetzgeber, auch keine Richter und keine Exekutivgewalt. Es ist kein äußerer Zwang da, der Gesetze schaffen noch der für ihre Durchführung sorgen könnte. Deshalb haben alle, die den äußeren Zwang als integrierendes Merkmal des Rechts betrachten, die Existenz des Völkerrechts bestritten: es handle sich um bloße Völkersitte. Dem äußeren Zwange wohnt aber eine so ausschlaggebende Bedeutung nicht inne (vergl. Teil I Seite 32). Das Völkerrecht ist Recht kraft allgemeiner tatsächlicher Anerkennung seiner Rechtsqualität; die Psychologie des völkerrechtlichen Zwangsbewußtseins (vergl. Teil I Seite 19) ist die dem Rechte eigentümliche; wer gegen seine Sätze verstößt, den zeiht die öffentliche Meinung des Rechtsbruchs, nicht der bloßen Unsittlichkeit oder Verletzung der Sitte.

2. Völkerrecht entstand erst spät, da man ursprünglich alle Staaten, mit denen nicht besondere Bündnisse abgeschlossen waren, als feindliche betrachtete, nur die Unverletzlichkeit des Gesandten stand bei Römern, Griechen und Deutschen fest. Seit Zerfall des Römisch-Deutschen Reiches jedoch betrachteten sich die aus diesem abgezweigten Nationalstaaten als eine Art Gemeinschaft, da sie sämtlich dem (römischen) Christentum angehörten, aus dem Rittertum entsprangen einige kriegsrechtliche Bräuche, seit Ende des 16. Jahrhunderts verkehrte man durch ständige Ge-

[1]) Die Aufnahme eines Staats in die Völkerrechtsgemeinschaft erfolgt durch „Anerkennung".

sandtschaften. 1625 wurde Hugo Grotius durch sein Buch de iure belli et pacis der „Vater der Völkerrechtswissenschaft“. Heute herrscht das Völkerrecht in der Gemeinschaft der Staaten europäischer Zivilisation, die sich (durch Anschluß auch nichtchristlicher Nationen mehr und mehr erweitert), und alle Staaten, mit denen man gerade nicht Krieg führt, sind offiziell „befreundete“.

3. Personen (Rechtssubjekte) sind im Völkerrecht einzig die Staaten. Sie sind prinziell gleichberechtigt. Eine Ausnahme von dieser Regel ergibt freilich der Umstand, daß nicht alle souverän sind. Nichtsouverän sind außer den Mitgliedern von Bundesstaaten vornehmlich die „halbsouveränen“ Staaten, das sind Unterstaaten, welche durch einen Oberstaat („Suzerän“) in irgend einer völkerrechtlich erheblichen Befugnis, z. B. dem Rechte der Kriegführung, dem Recht Bündnisse zu schließen, dem Recht Gesandte zu schicken und zu empfangen, u. a. m. mehr oder minder beschränkt sind. Manche Unterstaaten müssen dem Oberstaat auch Tribut zahlen (Ägypten der Türkei).

4. Organe des völkerrechtlichen Verkehrs (auch „Magistraturen des V. R.“) sind: a) die „Staatshäupter“ (Monarchen und Präsidenten), b) das auswärtige Amt eines jeden Staates, c) die von diesem ressortierenden Gesandten (deren es 5 Rangklassen gibt) und Konsuln. Die Gesandten besorgen im allgemeinen den eigentlich „diplomatischen“ Verkehr, die „große Politik“, die Konsuln üben die Verwaltung des wirtschaftlichen. Juristisch scharf ist die Grenze nicht zu ziehen. Überdies kommen außerordentliche, ad hoc nominierte Organe in Betracht, als Kriegsschiffskommandanten, im Kriege Truppenführer, Parlamentäre u. s. w. Die Organe zu a und c genießen während ihres Aufenthalts in fremden Staaten samt ihren Effekten und ihrem

Gefolge Exterritorialität, d. h. die Justiz und Verwaltung des Aufenthaltsstaats macht vor ihnen Halt bezw. wird nur in beschränktem Maße auf sie angewendet[1]).

5. Unter den Rechten der Staaten sind Kategorien zu unterscheiden, nämlich:

a) Allgemeine Rechte, welche jedem Staate als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft prinzipiell zustehen.

b) Besondere Rechte, welche einem Staate nur kraft seiner Beteiligung an einem völkerrechtlichen Verwaltungsverein (Beispiele Seite 164 Anmerkung 1), einer Allianz oder auf Grund eines sonstigen speziellen völkerrechtlichen Verhältnisses zukommen.

6. Die allgemeinen Rechte der Staaten bewegen sich auf allen möglichen Gebieten des friedlichen und kriegerischen Verkehrs[2]). Außerdem sind die vielfach zu Rechtssätzen erstarrten Normen der internationalen Verkehrsform hervorzuheben. Die Verhandlungen zwischen den Staaten führen zu vielfachen Staatenverträgen. Häufig finden internationale Konferenzen und Kongresse statt. Eigentümlich ist die Haftung der Staaten für die seitens ihrer Organe nicht bloß, sondern auch ihrer Untertanen gegen andere Staaten begangenen Verletzungen. Man spricht hier auch wohl von „völkerrechtlichen Delikten“ (Haftbarmachung Chinas für die Boxerunruhen).

7. Auch die besonderen internationalen Abmachungen sind bereits auf weite Gebiete erstreckt. Wichtig sind

---

[1]) Konsuln genießen eigentlich prinzipiell keine Exterritorialität, doch kommt kraft gegenseitigen Zugeständnisses mehr und mehr ihre Befreiung von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaats in Gebrauch.

[2]) Völkerrechtssätze regeln den Hergang beim Erwerb und Verlust von Staatsgebiet, den Schutz der Staatsangehörigen im Auslande, den Verkehr auf dem (grundsätzlich staatsfreien) Meere und in den Küstengewässern, sowie auch auf den „internationalen“, d. h. mehrere Staaten durchfließenden Strömen, Bekämpfung des Seeraubes und Sklavenhandels (Brüsseler Antisklavereikonferenz 1895).

namentlich die über die internationale Rechtspflege, besonders Rechtshilfe, ein Beispiel bietet das Recht der Auslieferung von Verbrechern[1]).

8. Die Durchsetzung der völkerrechtlichen Ansprüche ist natürlich nur durch Selbsthilfe möglich[2]): a) „Retorsion" ist Erwiderung einer unbilligen Handlung eines fremden Staates durch eine gleiche, „Repressalien" liegen vor, wenn diese Erwiderung bis zur Verletzung von Rechten des fremden Staats oder seiner Angehörigen getrieben wird. Es kommen ferner bewaffnete Einmischung („Intervention") in die Angelegenheiten des fremden Staats vor (in China während der Boxerunruhen), oder es wird ein kleiner Staat durch Friedensblockade von größeren zu seinen Pflichten angehalten (Griechenland 1897). Die ultima ratio bleibt der Krieg. Die über ihn Geltung stehenden Völkerrechtssätze heißen Kriegsrecht.

b) Der Krieg bringt zwei neue Arten von Rechtsstand (status)[3]) hervor, in deren einen jeder Staat der Völkerrechtsgemeinschaft je nach seinem kriegerischen oder friedlichen Verhalten notwendig verfällt, den der Kriegführenden und der Neutralen. Die Rechte und Pflichten der Kriegführenden gegeneinander[4]), sowie gegen die Neutralen und dieser gegen sie sind im heutigen

---

[1]) Ferner sind zum Schutz der Gesundheit (namentlich gegen Cholera und Pest), gegen Tierseuchen, gegen die Reblaus, zum Zweck des Vogelschutzes, zur Förderung künstlerischer, literarischer und wissenschaftlicher Interessen Abmachungen getroffen; verschiedene Staatenvereine widmen sich diesen Zwecken. Der bekannteste und umfassendste der Weltvereine ist der Weltpostverein.

[2]) Es sei denn, daß durch gütliche Vereinbarung schiedsgerichtlichen Verfahrens eine Streitigkeit erledigt wird.

[3]) Vergl. über diesen Begriff Seite 27 ff.

[4]) Hervorzuheben die Humanisierung des Kriegsrechts in der Genfer und der Haager Konvention.

Völkerrecht detailliert geregelt[1]). Insbesondere existiert eine große Reihe von Normen über das Seekriegsrecht; gleichwohl bedarf gerade dieses recht dringend der Fortbildung.

§ 19. Das Kirchenrecht.

(In historischer Darstellung.)[2])

Quellen: A. Als gemeinsame Quellen beider Kirchen wird die Bibel bezeichnet, wie wohl sie nach richtigem und heut fast durchgeführtem Standpunkt für die evangelische als Rechtsquelle nicht in Betracht kommt. Auch das corpus iuris canonici ist für die evangelische Kirche heute fast bedeutungslos, während es für die katholische, abgesehen vom decretum Gratiani[3]) den Grundstock ihres Rechtes ausmacht. Ursprünglich genoß das Römische Recht große Bedeutung (ecclesia vivit lege Romana), wurde aber allmählich durch das kanonische (das ist das von der Kirche selbst erzeugte Recht) verdrängt. Wichtig ferner von den römischen Imperatoren an die Staatsgesetzgebung, freilich von der katholischen Kirche nur widerstrebend ertragen. Endlich ein ziemlich beträchtliches Gewohnheitsrecht.

B. Speziell-katholische: Die Tradition, und zwar die trad. divina. das sind von Christus den Aposteln mündlich gegebene Vorschriften, und die trad. apostolica, das sind von den Aposteln und ihren Nachfolgern „non sine assistentia spiritus sancti" gegebene Anordnungen. Ferner die Konzilienschlüsse und die päpstlichen Verordnungen und „Kanzleiregeln" (das sind Verwaltungsinstruktionen). Endlich die Konkordate, das sind Rechtsvereinbarungen zwischen Staat und Kirche.

---

[1]) Prinzipiell sind allein Staaten kriegsberechtigt; es kommt aber vor, daß in Bürgerkriegen der Revolutionspartei von anderen Mächten die Rechte einer kriegführenden Macht zugebilligt werden.

[2]) Das Kirchenrecht sei benutzt, um als Beispiel für die Darstellung der historischen Entwickelung der Rechtsidee zu dienen, welche den Schilderungen der einzelnen Rechtsteile durchgängig mitzugeben der Raum nicht zuließ. Das Kirchenrecht dürfte sich dazu am besten qualifizieren, da die Glanzzeit seiner Wirksamkeit und der in ihm lebenden Ideen heute ohne Zweifel der Geschichte angehört.

[3]) Vergl. Teil I Seite 94.

C. Speziell-evangelische: a) der lutherischen Kirche: deren Bekenntnisschriften (confessio Augustana, Apologie, Schmalkald. Artikel, Luthers Katechismen), der reformierten desgleichen (Heidelberger Katechismus, Märkische Konfession, confessio Gallicana); b) die synodale Gesetzgebung (vgl. S. 191).

Allenthalben in der Welt bewährt der religiöse Glaube die Macht, weitumfassende, in sich starke und eminent einflußreiche Menschengemeinschaften ins Leben zu rufen. Kraft dieser Eigenart wohnt den Religionsgemeinschaften einmal schon das Bedürfnis inne, in und für sich selber Recht zu erzeugen, andererseits sieht sich der Staat (der sie nicht ignorieren kann zumal sie ihm mitunter über den Kopf wachsen), genötigt, sich rechtlich mit ihnen abzufinden. Aus diesem zwiefachen Antriebe erwächst innerhalb der christlichen Welt das Kirchenrecht.

1. Eigentlich, bemerkt Rudolf Sohm, steht das Recht seinem Wesen nach mit der Kirche im Widerspruch. Die Kirche will der Träger des göttlichen Geistes sein — was hat sie da mit dem Recht zu schaffen, der Verlegenheitsschöpfung menschlicher Schwäche, über welche gerade sie hinausführen soll, dessen Attribute: Form und äußerer Zwang der Tod des Glaubens sind, dieser freiesten, unmittelbarsten und innerlichsten Regung der Menschenseele. Kein grellerer Gegensatz als die Heilsbotschaft und — das Forum. Aber das Christentum meidet nicht die Gemeinschaft, sondern, unter dem Zwange des Liebesgebots, muß es sie suchen. Und ohne positive Normierung ist keine irdische Gemeinschaft denkbar, auch keine christliche Gemeinde. So sehr das Recht mit dem idealen Wesen der Kirche im Widerspruch steht: „praktisch erzeugt sich mit eiserner Notwendigkeit ein Kirchenrecht". Es besteht die Notwendigkeit, die Verwirklichung des Heils-

zwecks mit der Durchführung einer positiven Rechtsordnung in Einklang zu bringen: wie aber kann das geschehen? Damit, sagt Sohm, ist die Frage gestellt, deren Beantwortung die Geschichte des Kirchenrechts bedeutet.

2. Das Urchristentum hat in der Tat keine rechtliche Verfassung des kirchlichen Lebens, kein Kirchenrecht gehabt. Es gab keine irgendwie geschlossene Gemeinden mit korporativer Organisation. Gedenk des Spruches Christi: „wo zwei oder drei versammelt sind in meinem Namen, da bin ich mitten unter ihnen", sahen sie in jeder zu christlichem Zwecke vereinten Zahl von Gläubigen die ganze, rechte, sichtbare Kirche. Und es gab auch kein rechtlich anerkanntes Regiment, keine mit der Gewalt des äußeren Zwanges ausgestattete Obere. Aber das bedeutete keineswegs den Ausschluß aller Ordnung. „Die Christenheit ist organisiert durch die Verteilung der göttlichen Gnadengaben (Charismen), welche die einzelnen Christen zu verschiedener Tätigkeit zugleich befähigt und beruft." Wer die Gabe hat, zu lehren und leiten, der muß kraft Liebespflicht dies sein χάρισμα in den Dienst der Ekklesia stellen wie irgend ein anderes χάρισμα[1]). So führen die Lehrbegabten — Apostel, Propheten und „Lehrer", und da, wo ein solcher Mann mit besonderer Lehrbegnadigung nicht vorhanden ist, ein sonstiger erprobter Mann unter dem Namen eines „Bischofs" die Gemeinde, d. h. sie leiten die Feier der Eucharistie, verwalten das der Liebesübung an Armen bestimmte Kirchengut und sorgen, daß die Gemeindeglieder in den Bahnen christlichen Lebens sich halten. Aber niemals kraft Rechtssatzes haben sie diese Macht, sondern kraft freier Anerkennung des ihnen innewohnenden Charismas, kraft der einzig

[1]) Ein solches wenigstens ist jedem eigen und deshalb jeder Christ ein „Geistlicher" (πνευματικός) und Priester.

auf dem Gebote der Liebespflicht beruhenden Gestattung der Gemeinde. Also nicht rechtliche, aber charismatische Organisation.

3. Diese Verfassung hat jedoch den Weltstürmen nicht stand zu halten vermocht. So lange die Apostel lebten, mag sie, vom Enthusiasmus getragen, sich rein erhalten haben. Dann forderte bald die Schwäche der Menschennatur ihre Rechte. Mißtrauen in die Charismen kam auf. Das Amt der Bischöfe, die nach dem Aussterben der Apostel, Propheten und Lehrer allein noch an die Spitze der Gemeinden traten (die ihrerseits sich immer mehr in fester personaler und räumlicher Geschlossenheit gruppierten) konnte daher nun auch nicht auf die freie Gestaltung sich gründen; so wurden sie gewählt. Damit erlangten sie ein Recht auf ihre Stellung, sie waren zu rechtlichen Gemeindeorganen, die Gemeinde selbst zu einer rechtlich und zwar monarchisch verfaßten Körperschaft geworden. Damit ist gleichzeitig aus der urchristlichen Kirche die katholische entwickelt. Des Widerspruchs zwischen Evangelium und Rechtszwang sucht sie Herr zu werden, indem sie ihre Rechtsordnung als göttlichen Ursprungs betrachtet: das Kirchenrecht ist in seinen Grundlagen göttliches Recht, von Christus so gestiftet, als er in Petrus den ersten Bischof einsetzte. Ihm verlieh er die Gewalt zu binden und zu lösen und auch die Gabe, die Macht der Heilsvermittelung zu übertragen: Bischof ist, wer von einem Bischof durch Handauflegung rite zu einem solchen gemacht worden und Bischof ist nur, wer die Tradition seines Amtes durch die Kette bischöflicher Handauflegungen bis Petrus zurückführen kann. Priester ist nicht mehr jeder Christ als solcher, sondern nur der noch kann Sakramente spenden, der mit der Heilsvermittelungsgabe (sacerdotium)

von einem Bischof betraut, zum Priester geweiht ist. Die katholische Kirche bindet also das Heil an ihre Rechtsordnung; nur die in dieser Rechtsordnung verfaßte Kirche, in der Geistliche (clerici)[1] und Laien schroff geschieden sind, ist die wahre Kirche, die Braut Christi, die Ekklesie der Apostel.

Heute ist diese Kirche ganz und gar monarchisch organisiert unter dem Papst, dem römischen Bischof, der im Wettstreit alle anderen Bischöfe überflügelt hat. Neben und teilweise über ihm haben die Weltversammlungen der Bischöfe, die ökumenischen Konzilien (auch: ök. Synoden)[2] die Kirche regiert. Seitdem ihm das vatikanische Konzil 1870 die Infallibilität vindiziert hat, quando ex cathedra loquitur de fide seu moribus, ist der Papst oberster Gesetzgeber, Richter und Regierer der gesamten Kirche. In seiner nächsten Umgebung arbeiten unter ihm außer dem obersten Gerichtshof (rota Romana) und den päpstlichen Kanzleien die Mehrzahl der Kardinäle, teilweise als Vorsteher einer Art Ministerien (Kardinalkämmerer für die Finanzen, Kardinalstaatssekretär 2c.) und die Kongregationen (z. B. congr. indicis librorum prohibitorum, congr. de propaganda fide u. s. w.). An der Spitze der Diözesen, in die alles Land, soweit das katholische Bekenntnis gefestigt dasteht, verteilt ist, walten die Bischöfe, gleichfalls als Richter, oberste Verwaltuugsbeamte und in beschränktem Maße Gesetzgeber, teilweise stehen zwischen ihnen und

---

[1] Übrigens sind nicht alle Geistliche Priester (sacerdotes). Es gibt auch „ordines minores", deren Angehörige, obwohl Kleriker, keine Sakramente spenden, sondern nur niedere Funktionen wahrnehmen können. (Akoluth, Exorzist, Lektor, Ostiarius). Sacerdotium haben: Bischof (also natürlich auch Erzbischof und Papst), Presbyter, Diakon, Subdiakon (ordines maiores). Sacerdotium übertragen, also Kleriker weihen kann nur der Bischof.

[2] *Οἱ τῆς οἰκουμένης γῆς ἐπίσκοποι.*

dem Papste noch Erzbischöfe[1]). Die in der Hierarchie weiter unten stehenden Kleriker haben keine Regierungsgewalt in der Kirche (sogen. potestas iurisdictionis), sondern bloße „Weihegewalt" (pot. ordinis). Als Gehilfen für die kirchlichen Zwecke kommen noch die Domkapitel, sowie die Ordens- und sonstigen kirchlichen Verbände in Betracht.

Dieser über die ganze Welt erstreckte Verwaltungsorganismus übt noch heute eine ebenso umfassende als intensive Tätigkeit. Einst, als der Staat in Windeln lag, hat die Kirche alle die Verwaltungsangelegenheiten wahrgenommen, ja erst geschaffen, die heute im eminenten Sinne Staatsaufgaben sind, wie auch ihre Ämterorganisation das Vorbild für die Einrichtung des modernen Staatsdienertums geworden ist. Der erstarkte Staat freilich hat die Kirche bezüglich ihrer öffentlichen Tätigkeit fortgesetzt enteignet. Einst übte die Kirche eine weitreichende Gerichtsbarkeit in allen Dingen, die religiöses Gebiet berührten, sowohl in Strafsachen (Häresie, Schisma, Gotteslästerung, Zauberei, Eidesdelikte, Sittlichkeitsverbrechen 2c.) wie in Zivilsachen, insbesondere ist das Eherecht bis in verhältnismäßig neue Zeit kirchenrechtlich geordnet geblieben. Die Kirche hat jahrhundertelang allein die Armenpflege betrieben, ein öffentliches Sparbank- und Leihhauswesen gehabt, endlich das öffentliche Schulwesen von der Volksschule bis zur Universität geschaffen und fast ein Jahrtausend allein geleitet. Obwohl sie heute in allem vom Staat zurückgedrängt ist, sind auf den meisten dieser Gebiete noch heute große Reihen interessanter Kirchenrechtsnormen vorhanden. Ferner ist

[1]) Für die Gegenden, in denen die katholische Kirche um ihren Bestand kämpft, namentlich in den protestantischen, ist ein abweichender, der diktatorischen Machtübung der congr. de propaganda fide unterworfener Missionsorganismus bestellt.

infolge der Verschmelzung der rechtlichen Organisation mit dem religiösen Dogma die gesamte Kultübung, insbesondere das Sakramentswesen (vom Ehesakrament war schon die Rede) von einem starken Rechtsnormensystem durchzogen und endlich auf einem solchen auch die umfangreiche Finanzverwaltung der Kirche aufgebaut.

4. Die Reformation belebt wieder den urchristlichen Gedanken. Mit ihm die Überzeugung, daß die Heilsmission der Kirche nichts zu tun hat mit dem äußeren Zwang. Die Idee des allgemeinen Priestertums, wie sie die erste Zeit der Kirche kannte, erwacht von neuem und fegt das Dogma von der Bindung der göttlichen Gaben an eine mit irdischer Herrschaft begabte Hierarchie hinweg. Allerdings hat nur Luther selbst die Konsequenz voll zu ziehen gewagt, d. h. das Kirchenrecht verworfen und eine angemessene Neuschaffung charismatischer Organisation erstrebt. Ein gewisses Maß der Rechtsordnung innerhalb der Kirche hielt er jedoch für zulässig: (er war auch, solange eine Hoffnung auf Versöhnung der Bekenntnisse bestand, bereit, die ganze alte Organisation mit Papst und Bischöfen — sofern natürlich dieselbe nicht mehr zum Gegenstand des Glaubens gemacht wurde — stehen zu lassen) nur eben nicht als zum Wesen der Kirche gehörig, sondern als ein Kreuz, das sie tragen muß und tragen kann wie manches andere. Zwingli und Calvin dagegen waren der Ansicht, daß eine bestimmte Organisation der Gemeinden von der Schrift geboten sei. Schließlich kommt es im lutherischen ebenso schnell wie im reformierten Bekenntnis zur Bildung von Kirchenrecht. Die Befugnis zur ordentlichen Ausübung des Lehramts wird einzelnen darauf geschulten Persönlichkeiten rechtlich übertragen. Das allgemeine Priestertum wird damit nicht, wie in der katholischen Kirche ver-

leugnet, sondern nur der Ordnung halber in der Ausübung beschränkt, und was die leitenden Persönlichkeiten angeht, so ist „das geistliche Amt nur eine kirchliche Berufsstellung wie z. B. der Richterstand eine weltliche, nicht etwa ein Seligkeit vermittelnder und zu ihrer Erreichung notwendiger Klerus". Weiterhin ward ein vollständiges mit Zwangsgewalt ausgestattetes Kirchenregiment errichtet. An seiner Spitze steht das oberste Staatsorgan (also in Monarchien der Landesherr, auch wenn nicht evangelisch!), unter ihm die Konsistorien, unter diesen die Superintendenten. In großen Staaten besteht noch eine Zentralbehörde z. B. der evangelische Oberkirchenrat in Preußen. Alle diese sind in einem Teil ihrer Funktionen an die Mitwirkung gemeindlicher Repräsentationsorgane gebunden, der sogenannten synodalen Organe[1][2]. Auf die Einzelheiten der evangelischen Kirchenverwaltung kann hier nicht eingegangen werden.

5. Die eben berührte eigentümliche Stellung des obersten Staatsorgans als gleichzeitigen obersten Organs der evangelischen Landeskirche führt auf das welthistorische Problem des Verhältnisses von Staat und Kirche, dessen rechtliche Normierung man mit dem Namen Staatskirchenrecht bezeichnet. Wir unterlassen es geflissentlich, einer dogmatischen Einteilung der möglichen

---

[1]) In Preußen: neben dem Superint. die Kreissynode, neben dem Konsistorium die Provinzialsynode, an zentraler Stelle die Generalsynode. In der Einzelgemeinde wirken als kirchenregimentliche Organe Gemeindekirchenrat und Gemeindevertretung.

[2]) Im ganzen besteht in den heutigen evangelischen Landeskirchen ein ähnliches Verhältnis wie im modernen Staat: auf der einen Seite die Landeskirchenverwaltung als solche, zerfallend in aktive und Selbstverwaltung, auf der anderen die Eigenverwaltung der Gemeinden; man bedient sich aber dieser termini offiziell nicht, wie überhaupt das Kirchenrecht in einer mittelalterlichen Begriffsbildung und Systematik befangen geblieben und unter dem Gesichtspunkt der modernen Kategorien schwer verständlich zu machen ist.

Typen dieses Verhältnisses nachzuspüren, denn die vorhandenen sind historisch nacheinander gefolgt und gemäß dem Gesetz der historischen Differenzierung der Rechtsinstitute großenteils vollkommen disparat[1]), auch eine prinzipielle Einteilung der verschiedenen Stellung des Staates zu den Religionsgesellschaften überhaupt erscheint bei dem heutigen Standpunkt, der ein droit comparé des associations religieuses bisher fremd geblieben, aussichtslos.

a) Wir sahen, wie in Zeiten der Vorkultur das politische Gemeinwesen zugleich Kultusgemeinschaft ist[2]). Diese Identität beherrscht noch die Antike, nicht bloß Hellas, auch Rom. Das ius sacrum ist daher ein Teil des ius publicum, ein Rechtsbefehl in kirchlichen Angelegenheiten, von jeder anderen staatlichen Autoritätsäußerung nicht unterschieden. Da dies nach Annahme des Christentums als Staatsreligion fortgilt, entsteht das System des Staatskirchentums (Cäsareopapismus). Der Kaiser ist als solcher Herr der Kirche, er ist in den kirchlichen wie in allen anderen Dingen oberstes Organ der Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung. Die kirchlichen Würdenträger sind seine Beamten, er beruft die Reichssynoden, und der Bischof von Rom ist nichts als der erste Reichsbischof. Der Zerfall des Reichs in der Völkerwanderung zieht, da der Zusammenhang der Gesamtkirche noch schwach ist, einen Zerfall dieser in Landeskirchen der germanischen Reiche nach sich. Die Siege Karls des Großen (vorher das Wirken des Bonifaz) stellten die Einheit des Römischen Reichs und der Römischen Kirche wieder her, gleichzeitig den Cäsareopapismus.

---

[1]) Vergl. Teil I Seite 45.
[2]) Vergl. Teil I Seite 62.

b) In jener Zeit ist mittlerweile folgende Auffassung herrschend geworden: Die im Sinne Gottes berechtigte Welt, d. h. die Christenheit, wird göttlicher Bestimmung zufolge regiert von zwei nebeneinanderstehenden Gewalten, der geistlichen, d. i. die ecclesia Romana, und der weltlichen, d. i. das imperium Romanum. Man empfindet das als zwei Gewalten in derselben Gemeinschaft, der moderne Gedanke an zwei einander gegenüberstehende Korporationen Staat und Kirche liegt völlig fern. Der Staat mit dem starken „weltlichen Arm" muß die Kirche schützen. Die Kirche ist unmündig in den Händeln dieser Welt, der Staat soll eine Art „Vogtei" (advocatia, Vormundschaft) über sie üben. Aber damit ist durchaus keine Unterordnung der Kirche ausgesprochen, der Schützer soll nicht der Schutzherr sein. Man findet etwa in der Christophoruslegende ein Bild für das Verhältnis weltlicher und geistlicher Gewalt, welches zugleich einen Blick in die religiöse Gefühlswelt eröffnet, aus der allein jene Rechtsanschauung verständlich ist. — „Zwei Schwerter sollen nach Gottes Ratschluß auf Erden sein, das geistliche und das weltliche, das eine zu führen durch die Kirche, das andere (durch den weltlichen Arm) für die Kirche." Solange nun die Kirche eine geistliche (charismatische) Institution blieb und das „Gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist" seine Deutung aus dem „Mein Reich ist nicht von dieser Welt" erhielt, konnten Staat und Kirche einigermaßen Frieden halten. Sobald aber die Kirche selbst in eine gewaltige Rüstung weltlicher (rechtlicher) Organisationsformen sich geworfen hatte, konnte es nicht fehlen, daß sie den Anspruch erheben mußte, über aller anderen Gewalt zu stehen. Es begann der Kampf um die Obmacht der Kirche über den Staat, ausbrechend im Investiturstreit. Und die Kirche, an pr...

scher Geschlossenheit dem Staate weit überlegen, kam dem vollen Siege nahe; es war Gefahr, daß das Extrem der Staatskirche in das des allgemeinen Kirchenstaates umschlug.

c) Aber die territorialen Gewalten, die der Kirche das Reich hatten demütigen helfen, errangen selbst staatliche Existenz und erhoben sich, voran Frankreich (Philipp der Schöne)[1], gegen die Kirche. Als die Reformation beginnt, haben bereits einige Fürsten Aufsichtsrecht über die Kirche erlangt[2]. Beibehalten wird (auch bei den Protestanten) die Zweischwertertheorie. In ihr wird das ius advocatiae (vergl. Seite 193) dahin bestimmt, daß es als custodia utriusque tabulae (scil. decalogi) dargestellt wird. Als Wahrer der ersten Tafel hat der Fürst Recht und Pflicht, das öffentliche Auftreten von Irrlehre zu hindern. Da, welche die rechte Lehre sei, er selbst bestimmt, kommt's zu dem Prinzip cuius regio eius religio, welches Reichsrecht ward, so daß die Reichsstände das ius reformandi d. h. das Recht der zwangsweisen Bekehrung der Untertanen zum Bekenntnis des Landesherrn erhielten. Erst der Westfälische Friede beseitigte es zu Gunsten der Duldung (meist auch Parität) der Glaubensbekenntnisse. Man faßt diese drei Rechte: ius advocatiae, ius inspectionis (d. i. das Aufsichtsrecht) und ius reformandi als Kirchenhoheit (ius circa sacra) zusammen. Evangelischerseits bemerkte man, der Fürst stehe nicht bloß außerhalb, sondern auch, als ihr Mitglied,

[1]) Vergl. Sternfeld, französische Geschichte, Seite 52 ff., Sammlung Göschen, Nr. 85.

[2]) Wir sagen von jetzt ab: „Der Fürst" oder „der Landesherr" für „den Staat". Der Tag des l'état c'est moi fängt damals an zu grauen und nur unter dem Gesichtswinkel des Rechtsdogmas von der Personalsouveränität ist die folgende Rechtsauffassung erklärbar.

in der Kirche, aber nun nicht, wie es der heutigen Idee entspricht, als Privatperson, sondern als Souverän, als praecipuum membrum ecclesiae; er hat demnach auch die oberste Stellung in der Kirche, die Obmacht im Kirchenregiment: sein ist die Kirchengewalt (iura in sacra) als ein Souveränitätsrecht (ius maiestaticum, vergleiche Seite 158). Damit, insbesondere mit der Gegenüberstellung der iura circa sacra und iura in sacra, sind die Begriffe, mit denen auch heute noch, obwohl sie, total veraltet, einer entschwundenen Rechtswelt angehören, das Staatskirchenrecht arbeitet, aufgewiesen.

Die weitere Entwickelung ist hier im einzelnen nicht zu schildern. Nachdem das Naturrechtszeitalter mit seiner Lehre, der Monarch sei Träger aller Rechte im Staate, in den vom aufgeklärten Absolutismus regierten Staaten zusammen mit der Bevormundungspolitik der eudämonistischen Staatsphilosophie noch einmal den Cäsareopapismus bezüglich beider Kirchen heraufbeschworen, ist der gegenwärtige Rechtszustand durchschnittlich folgender:

Der Staat und die katholische Kirche erkennen einander als selbständige Mächte an. Die evangelische hat darüber mit dem Staate nie gestritten. Beide Kirchen werden vom Staate wie hochprivilegierte öffentliche Korporationen behandelt. Die Aufsicht über sie ist nicht anders geartet als die über die Korporationen überhaupt, dadurch werden von den drei Rechten der Kirchenhoheit (iura circa sacra) mindestens das ius advocatiae und das ius reformandi ganz hinfällig. Und sie erhalten mannigfachen Vorschub (Dotation, Leihung des weltlichen Arms zur Eintreibung von Kirchensteuern 2c.) [1]. In der evangelischen Landeskirche ist die Spitze auch des Kirchen-

[1]) Andere Religionsgesellschaften haben (in Preußen) die Rechte licher öffentlicher, manche bloß die privater Korporationen.

regiments das oberste Staatsorgan, aber damit ist nicht das Staatskirchentum (Cäsareopapismus) statuiert. Denn es liegt bloß etwas wie eine Personalunion vor: die Wirksamkeit des obersten Organs im Staate hat mit seiner Eigenschaft als Vorstand der Landeskirche nichts zu tun.

6. Staat und Kirche stehen sich als selbständige Rechtskreise gegenüber, jedes erzeugt in und für sich Recht. Es ist irrig, die Kirchen für zur Rechtserzeugung untauglich zu halten, weil sie kein Territorium haben. Wo ein staatliches und ein kirchliches (objektives) Recht kollidieren, ist es in letzter Linie Machtfrage, wer das seinige durchsetzt. Innerhalb des Verhältnisses der katholischen Kirche und der Staaten führen noch heute solche Kollisionen zu scharfen Reibungen. Im Verhältnis der evangelischen Kirche zum Staat werden sie durch die gedachte Personalunion so gut wie unmöglich gemacht. Die katholische Kirche erklärt wohl einmal ein Staatskirchengesetz eines Staates für ungültig. Eine evangelische wird dazu kaum je die Möglichkeit und Veranlassung haben.

Festzuhalten ist jedenfalls: Die Kirchen sind Rechtsgemeinschaften, die den staatlichen gleich selbständig gegenüberstehen, wie etwa die Völkerrechtsgemeinschaft, nur daß sie nicht gleich jener über, sondern bloß neben ihm sind. Es gibt also — dies diene zur abschließenden Ergänzung unserer enzyklopädischen Notizen in Teil I § 15 — eine ganze Reihe selbständiger der Quelle nach verschiedener Rechtsordnungen, nämlich I. die einzelnen Landesrechte (deutsches, französisches, spanisches ꝛc.), II. die Kirchenrechte der einzelnen evangelischen Landeskirchen, III. das katholische Kirchenrecht, IV. das Völkerrecht.

Verzeichnis

der in beiden Teilen des Werkchens vorkommenden Rechtsparömien.

(Vgl. Teil I S. 30 Anm. 1 und Text.)

Volkswirtschaftslehre

von

Dr. Carl Johannes Fuchs
Professor an der Universität Freiburg i. B.

(Sammlung Göschen Nr. 133.)

Preis: in eleg. Lwdd. 80 Pf.

Dieser Grundriß der Volkswirtschaftslehre geht von der Anschauung der modernen Nationalökonomie aus, daß es keine für alle Zeiten und Völker passende Wirtschaftslehre geben kann, und von der Bücher'schen Auffassung der Volkswirtschaft als Ergebnis einer jahrtausendelangen Entwicklung, das nicht älter ist als der moderne Staat. Daher werden zunächst in der Einleitung nur die notwendigsten Grundbegriffe formuliert und dann hauptsächlich nach Bücher und Schmoller ein Überblick über die Phasen der geschichtlichen Entwicklung gegeben, welche zur Volkswirtschaft in diesem engeren Sinne und weiter zur modernen Volkswirtschaft geführt hat. Unter dieser werden also die volkswirtschaftlichen Verhältnisse verstanden, wie sie sich in der Periode des Liberalismus seit Anfang und vor allem seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts bei den vorgeschrittensten Kulturvölkern entwickelt haben. Von dieser modernen Volkswirtschaft gibt dann der zweite Abschnitt eine etwas eingehendere Analyse unter Anwendung der alten Einteilung: Produktion, Verkehr, Verteilung, Verwendung, mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Volkswirtschaft und starker Betonung der Notwendigkeit sozialer Reformen. In derselben Forderung klingt am Schluß die Betrachtung der Bevölkerungsfrage aus.

G. J. Göschen'sche Verlagshandlung in Leipzig.

LANDSBERG SEAL



